CORSO

DI

CODICE CIVILE

DEL SIG.

DELVINCOURT

AVVOCATO DELLA CORTE REALE E DECANO DELLA FACOLTÀ DI DRITTO DI PARIGI

NOVELLAMENTE TRADOTTO DALL' ULTIMA EDIZIONE FRANCESE

ED ACCOMPAGNATO DA[illegible]OVA GIURISPRUDENZA CIVILE DEL REG[illegible]LE DUE SICILIE

DAL SIG. [illegible]BERATORE

SECOND[illegible] EDIZIONE

VOLUME V.

NAPOLI 1828.

DA' TORCHI DEL TRAMATER

Si vende nel Gabinetto letterario al largo del Gesù Nuovo n.° 6, 7, 8.

LIBRO III.

DE' DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETA'.

TITOLO IV.

DELLE DONAZIONI TRA VIVI E DEI TESTAMENTI (1).

La donazione è il quarto modo di acquistare la proprietà.

Essa può definirsi in generale: un atto con cui una persona dispone, a titolo gratuito (2), in favore di un'altra, di tutto o parte de' suoi beni.

---

(1) Vi è su questa materia un eccellente trattato di Ricard. Vi sono pure nelle opere postume di Pothier due trattatini, l'uno sulle donazioni tra vivi, e l'altro sulle donazioni testamentarie.

(2) Disporre a titolo gratuito egli è trasmettere la sua cosa ad un altro, senza nulla riceverne in cambio. Disporre a titolo oneroso è ricevere l'equivalente o ciò che si reputa tale, di quello che si dona (*a*).

(*a*) *Qui avremmo desiderato che il N. A. nell'analisi della definizione della donazione si fosse adoperato a spiegarci il motivo pel quale il legislatore allontanandosi dalle romane leggi, l'abbia nell'art.* 894 † 814 *dichiarata un* atto e *non un* contratto. *Poichè si è disposto che la donazione non sia perfetta se non col consenso delle due parti, essa è vera convenzione, ed è il più sovente unilaterale, qualche volta sinallagmatica.* (*V.* Grenier *nel Trattato delle donazioni* 2. *ediz. tom.* 1 *pag.* 193). *Il sig.* Toullier *la definisce* contratto *nel suo* Dritto civile *Lib. III. Tit.* 2 *n.* 4. *Lo stesso* Delvincourt *dice altrove che le donazioni tra vivi sono veri contratti. Ma anche la donazione* causa mortis *non è che una convenzione. I Romani la riguardavano come un contratto innominato, l.* 45, §. 3, *ff.* de mortis causa donat.

La donazione può farsi in diverse maniere e con atti differenti. Ma prima di esporre le regole particolari ad ogni specie, giova il far conoscere le disposizioni che generalmente si applicano ad ogni specie di donazione. In conseguenza il presente Titolo sarà diviso in sei capitoli, il primo de' quali tratterà delle disposizioni comuni a tutti i generi di donazioni;

Il secondo, delle donazioni tra vivi, propriamente dette;

Il terzo, delle disposizioni testamentarie;

Il quarto, delle donazioni coll' obbligo di restituire;

Il quinto, delle donazioni fatte agli sposi per contratto di matrimonio;

Ed il sesto, delle donazioni tra conjugi.

CAPITOLO I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

Queste disposizioni sono relative al modo di disporre, alla capacità personale e rispettiva del donante e del donatario, e finalmente alla porzione de' beni di cui la legge permette a ciascuno il disporre.

Sezione prima.

Del modo di disporre..

Siccome esistono regole speciali per ogni sorta di donazione, così è massima generale, che non si possa disporre de' proprii beni a titolo gratuito che nelle forme e giusta le condizioni espressamente determinate dalla legge (3). 893 813

(3) Una quistione di molta importanza si è elevata su questo articolo; cioè se colui che può fare una donazione reale possa farne una simulata; o in altri termini, se colui che non potrebbe impugnare una donazione validamente fatta come donazione, possa impugnar quella che si è mascherata sotto la forma d'un contratto a titolo oneroso. Esempio:

Pietro fa una vendita simulata della sua casa a Paolo. L'atto contiene quietanza di un prezzo che non si è pagato. I fatti sono verificati; Pietro muore lasciando per eredi de' collaterali: egli poteva in conseguenza disporre di tutto il suo asse. Se dunque la casa fosse stata

Vanno inoltre proibite certe disposizioni riconosciute

---

realmente e palesemente donata è certo che i collaterali non avrebbero potuto attaccar la donazione. Ma nello stato attuale delle cose pretendono essi che l'atto sia nullo come vendita, poichè non vi è stato prezzo; e ch'esso sia nullo come donazione, perchè le parti non han dichiarato di voler fare o ricevere una donazione, e che d'altrondo le solennità richieste per le donazioni tra vivi non vi sono state osservate: che in conseguenza la proprietà della casa è sempre rimasta nelle mani del defunto. Hanno essi ragione?

La corte di cassazione variò sulle prime in questa quistione. Ma finalmente sembra essersi fissata nella opinione che le donazioni, anche simulate, non possono impugnarsi che da coloro i quali avrebbero dritto ad impugnare una donazione reale. (V. tra le altre, tre decisioni di questa corte, l'una del 20 ottobre 1812 rapportata da Sirey, 1813, par. 1 p. 141; l'altra del 31 maggio 1813, *ibid.* p. 330; e la terza del 13 agosto 1817, *ivi* 1817, p. 383).

Per quanto sian robuste le ragioni sulle quali sembra poggiarsi quest'ultima giurisprudenza, io non persisto meno nell'opinione che ho emessa nel mio primo *Corso*, son già molti anni; che un atto di vendita simulata non dee valere nè come vendita nè come donazione, e che la nullità può esserne domandata da tutti quei che vi hanno interesse.

Sulle prime non può disconvenirsi, a mio avviso, che l'articolo 893 † 813 non sia formale su questo punto. " Non si può, ivi si dice, disporre de' suoi beni a titolo gratuito che nelle forme stabilite qui appresso ". Dunque se queste forme non sono state osservate, non si è potuto disporre. Ora noi abbiam dimostrato nel secondo volume (Tit. 6 nota 52 p. 26) quale sia l'effetto dell'incapacità morale che risulta da queste parole adoprate dalla legge, *non si può*. Egli è come se l'articolo avesse detto: *Ognuno che non avrà osservato queste forme sarà incapace di disporne.* Ora una donazione fatta da una persona incapace di donare non può essere ella impugnata da tutti quelli che vi hanno interesse? Se un minore, se una donna maritata non autorizzata han donato tra vivi, l'atto non può essere impugnato dai loro eredi, qualunque essi siano? E intanto la legge non si è servita di altre espressioni. Il *minore non potrà disporre*, dicono gli art. 903 e 904 † 819 e 820; *la donna maritata non potrà*, dice l'art. 905 † 821, ec. Dunque risulta dall'art. 893 † 813 che ogni disposizione a titolo gratuito non fatta nelle forme richieste per le donazioni tra vivi ed i testamenti, è nulla; dall'altro lato è certo che la nullità risultante dalla inosservanza delle forme delle donazioni è assoluta, e può essere invocata da tutti quei che vi hanno interesse, ed anche dal donante. Questo punto di giurisprudenza non è messo in dubbio, e d'altronde è confermato dagli art. 1340 e 1341 † 1294 e 1295; dunque ec.

Ma indipendentemente da questi articoli la di cui disposizione mi sembra formale, non è difficile il dimostrare che lo spirito generale del Codice si oppone alla dottrina che noi presentemente combattiamo, e che il legislatore ha in tutte le occasioni manifestata chiaramente l'intenzione di annullare le donazioni mascherate, anche quando fossero esse fatte tra parti rispettivamente capaci di donare e ricevere.

come troppo contrarie al commercio ed alla circolazione

Prendiamo a prima pruova di questa verità il Titolo *del contratto di matrimonio*, cap. *della Comunione*. Non può negarsi che siasi conservato in questo capitolo il puro dritto consuetodinario, e per conseguenza tutte le disposizioni di questo dritto che avevan in mira d'impedire i vantaggi indiretti trai conjugi. Si potrebbero citare su questo punto gli art. 1403 † T, 1404 † T nel primo paragrafo, 1433 † T, 1437 † T, e sopratutto l'art. 1595 † 1440 nell'ultimo paragrafo. Ciò era ben semplice sotto l'antico dritto. Nella maggior parte delle Costumanze qualunque vantaggio trai conjugi era severamente proibito, e non sorprendeva che si fossero prese tante precauzioni per assicurarne l'effetto. Ma nel nuovo dritto in cui tal proibizione si è interamente abrogata, e dove ciò non ostante sono state conservate le stesse disposizioni contra gl'indiretti vantaggi, bisogna dire, o che il legislatore abbia agito senz'alcuna ragione, senz' alcun motivo, o ch' egli non ha voluto che i conjugi facessero in una maniera obbliqua e nascosta ciò ch' egli loro permetteva di fare palesemente.

2. L'art. 1099 † 1053 somministra una pruova ben convincente dell' intenzione del legislatore. Si tratta in questo articolo delle donazioni tra' conjugi. Nell' attual dritto i conjugi possono donarsi scambievolmente sino alla concorrenza di una certa quota, che varia secondo le circostanze e la qualità degli eredi del donante. Ora nel sopra citato articolo si distinguono le donazioni indirette e quelle mascherate sotto la forma di contratti onerosi o fatte a persone interposte Quanto alle prime l'articolo le riduce al disponibile: ma quanto alle seconde, le annulla interamente. Ora ne' due casi, la disponibilità può essere la stessa. Donde può dunque risultare una così diversa decisione? Egli è perchè nel primo caso il conjuge ha donato indirettamente, è vero, perchè l'occasione gli si è così presentata; ma egli ha donato ostensibilmente e pubblicamente, egli non ha inteso di occultare la sua liberalità. Quindi, a' egli ha rinunziata una successione, acciò per intero appartenesse al suo consorte ch' era nel tempo stesso suo coerede, o suo sostituito, o altro caso simile, questa è per verità una donazione indiretta, ma riguardo alla quale il conjuge non ha inteso mascherare la sua intenzione. Quando però si tratta di donazione simulata o fatta ad interposte persone vi è realmente intenzione fraudolenta. Il donante ha voluto nascondere agli occhi della legge e dei magistrati la cognizione del suo operare, ed è questa intenzione che la legge punisce annullando interamente la donazione. Ora in questo caso eravi certamente una porzione di beni di cui il donante potea disporre in favore del suo conjuge, ed intanto la donazione è annullata nel tutto. Dunque il legislatore non ha voluto permettere di farsi in un modo simulato quel ch'egli permette di farsi direttamente e pubblicamente.

Finalmente noi possiamo trovare una terza pruova dello spirito generale del Codice nell' art. 1975 † 1847 che annulla il contratto di rendita vitalizia costituita sulla vita d'una persona che sia morta ne' venti giorni seguenti dalla malattia della quale era inferma nel momento del contratto. Ora quest' articolo non distingue se si tratta d' una rendita costituita sulla vita di colui che somministra il danaro o su quella di un terzo; nel primo caso non distingue neppure se il costituente conosceva o no il suo stato. La disposizione è generale e non eccettua

de' beni, e queste sono le donazioni coll' obbligo di con-

---

alcun caso. Ora se noi supponiamo che la rendita siasi costituita sulla vita del somministratore del danaro, e che sia provato che nel tempo della trattativa egli conosceva perfettamente il suo stato, e l' impossibilità di guarire, è certo allora ch' egli ha voluto fare una donazione. Ed intanto il contratto sarà nullo; e la nullità potrà esser domandata da tutti quei che vi avranno interesse.

In tutti questi diversi casi il legislatore ha dunque applicata la massima che debb' essere riguardata come il principio fondamentale in questa materia: il donante *fecit quod non potuit*, *non fecit quod potuit*.

Dunque il sistema ch' io combatto è nel tempo stesso contrario ed al testo della legge, ed allo spirito generale del Codice.

Se vuolsi considerar tal quistione sotto il rapporto morale, a me sembra benanche meno dubbiosa.

Infatti egli è certo che colui che prende una strada nascosta ed obbliqua per fare un atto ch' egli potrebbe fare direttamente e palesemente dee presumersi che abbia cattive intenzioni, se non per altro, almeno per volere assicurare la perpetuità del suo oprato in disprezzo della legge che ne ordina la rivoca o la riduzione in certi casi. Ora, certamente egli è impossibile che la legge accordi la sua protezione a tali motivi.

Ma dicono i partigiani della contraria opinione, se le disposizioni della legge si trovano effettivamente violate, l' atto sarà annullato. Se esse nol sono, se il disponente non lascia eredi che han dritto a riserva, se colui in favor del quale egli ha disposto non è incapace di ricevere, perchè annullare una tale disposizione? e poichè il disponente poteva spogliare interamente i suoi eredi, perchè costoro si lagneranno quand' egli non ha fatto che ciò che la legge gli permetteva di fare?

Io rispondo sulle prime, che questo ragionamento non può che favorire la frode e l' immoralità. Riflettiamo infatti che in questo sistema colui che impiega una via indiretta ha tutte le vicende a suo favore, e per conseguenza maggior vantaggio di colui che ha preso francamente ed apertamente la strada indicatagli dalla legge. Infatti, che cosa rischia il primo? Nulla, assolutamente nulla; poichè se la simulazione è scoverta egli si trova nella stessa posizione che se avesse adoprata la via diretta; e se non è scoverta, egli sarà pervenuto ad eludere la disposizione della legge. Ei dunque non può che guadagnare, nel prendere i mezzi fraudolenti; e certamente un sistema che conduce a tale risultanza debb' esser bandito da ogni buona legislazione.

Così, un uomo che ha figli vuole spogliarli e fare una donazione considerevole ad un individuo. Egli vuole che questa donazione non possa essere impugnata, quand' anche intaccasse la riserva. Prende dunque la via obbliqua, e maschera la sua donazione sotto la forma di un contratto oneroso, e che per conseguenza non ha bisogno di esser rivestito di alcuna solennità. Una tale operazione, io lo domando, merita essa la protezione o il disfavore della giustizia? E bene! perchè quest' uomo verrà a morire senza prole, e non lascerà per eredi che de' collaterali, la sua disposizione diventerà inattaccabile; ed i suoi più prossimi parenti saranno inammessibili a domandarne la nullità! D'altra banda, un uomo incapace di simulazione non avendo nè ascendenti

servare e restituire ad altra persona. Noi vedremo nel

---

nè discendenti fa palesemente una modica donazione ad un suo amico: il notajo incaricato a redigere l'atto vi ommette alcuna di quelle formalità che la legge ha avuto ragione di esigere, ma che non riguardano la manifestazione della volontà delle parti; in questo caso il più lontano parente, un cugino all'undecimo grado potrà domandare ed otterrà infallibilmente la nullità di tale donazione. Ora, lo domando ancora, sarebbe questa un'equa legislazione? Egli è possibile che questo sistema finalmente prevalga; ma io non persisterò meno a reclamare contro una tale giurisprudenza che mi sembra, io lo ripeto, egualmente contraria alle disposizioni dell'art. 893, che alle idee morali, le quali, che che se ne dica, debbon esser prese in massima considerazione tutte le volte che ciò è possibile, e tanto più quando si trovano d'accordo colle disposizioni della legge.

Ma pure sul rapporto legale è molto facile il provare che il sistema da me ora combattuto distrugge tutta l'economia della legge, soprattutto riguardo alle disposizioni relative alla rivocazione per sopravvegnenza di figli. Supponiamo in fatti una donazione fatta con tutte le richieste formalità da una persona capace di donare ad una persona capace di ricevere. Nell'atto della donazione il donante non avea figli; uno glie n'è dopo sopravvenuto. Ai termini dell'art. 960 † 885, la donazione trovasi in questo caso di pieno dritto rivocata, anche riguardo ai terzi, talmente che tutte le alienazioni che il donatario ha potuto fare de' beni donati, tutti i pesi e le ipoteche ch'egli ha potuto acconsentire, sono egualmente rivocate. Se al contrario la donazione fosse stata fatta sotto la forma di un contratto a titolo oneroso, come d'una vendita, bisognerà primieramente ricorrere ai tribunali per farla annullare; e per ottenerlo, provar la simulazione, il che sempre suol essere all'estremo difficile. Ma vi è dippiù: mentre la rivocazione ancorchè pronunziata non avrà alcuno effetto riguardo agli atti passati tra il donatario ed i terzi, anteriormente al giudizio, perchè qui evvi una specie di azione dolosa, e questa non ha alcun effetto riguardo alle terze persone di buona fede. Che si giudichi dopo ciò del vantaggio che il sistema di cui si tratta dà a colui che ha voluto eludere la legge, sopra colui che vi si è pienamente conformato; e se sia convenevole dopo ciò l'incoraggiare una dottrina che può produrre tali risultamenti.

Del resto, quest'opinione è fortemente difesa da uno de' più giudiziosi autori che abbia scritto sulla giurisprudenza. Valin nel suo comentario sull'art. 44 della Costumanza della Roccella num. 56 e 57 dice formalmente. " È assurdo il sostenere che colui il quale può do-
,, nare possa gratificar validamente, tuttochè facendo una falsa grati-
,, ficazione: non è tale lo spirito della legge, poichè non può essa
,, proteggere la falsità la quale è la violazione della prima legge;

,, Bisogna giudicare degli atti per loro stessi, e riconoscere che
,, un contratto il quale non può valere per l'effetto ordinario annesso
,, alla sua natura, non può valere nè anche come donazione o legato,
,, s'esso non è rivestito delle formalità prescritte per la validità delle
,, donazioni o de' testamenti;

,, Tal'era, generalmente, la massima de' paesi sottoposti al dritto

capitolo quarto ciò che si debba intendere per queste

„ consuetudinario; donde è avvenuto che nelle Costumanze nelle quali
„ sono permessi i vantaggi tra i conjugi, si è giudicato che nel caso
„ di esclusione dalla comunione per clausola di contratto nuziale, il
„ marito non poteva richiamare la moglie alla comunione, sotto il
„ pretesto che questo richiamo non eccedesse il vantaggio ch'egli avea
„ dritto di farle direttamente „. Questo è pure il parere di Lebrun, *della Comunione* Lib. 1, cap. 3, n. 12.

E più sotto, sull'art. 48 delle stessa Costumanza §. 1, n. 19,
„ Valin rammenta e conferma il principio che non basta di avere la
„ facoltà di donare per far valere un atto che contiene un vantaggio,
„ se quest'atto non è nella forma richiesta per le donazioni „.

„ Il magistrato, dice Ricard, *delle donazioni*, par. 1, cap. 2,
„ n. 21, per giudicare della qualità d'una cosa, non si arresta che
„ alla sostanza ed alla realtà, e non al colore che le parti han vo-
„ luto darvi sia per errore o per motivo d'interesse, sia altrimen-
„ ti. „ Dunque quando il contratto oneroso è simulato, i giudici debbono vedervi ciò che vi è realmente, vale a dire una donazione, ed annullarla, s'essa non è rivestita delle forme prescritte dalla legge per questa sorta di atti.

Si oppone a questa dottrina primieramente l'art. 918 † 834 che, dicesi, suppone evidentemente il vantaggio simulato, e che intanto non l'annulla che per la parte indisponibile. Ma si può rispondere in prima che quest'art. 918, trasportato dalla legge del 17 nevoso nel Codice civile, non si sa troppo perchè, sarebbe tutto al più una disposizione unica, e che si trova più che bilanciata da quelle degli art. 1099, 1403 e seg. 1595, ec. In secondo luogo, che quest'articolo non suppone precisamente che vi sia stato un vantaggio simulato, ma ch'esso ha voluto soltanto prevenire l'effetto d'una eccessiva ineguaglianza che potesse risultare tra i figli di uno stesso padre dalla vendita fatta ad uno di essi a *fondo perduto* ossia a rendita vitalizia (a) dei beni del comune autore; e ciò che pruova che unicamente in questo senso debb'esser esso inteso si è, che non pronuncia la riduzione di simili disposizioni, quando son fatte verso gli estranei, neppur quando esse annientassero la riserva. Ora, se la legge vedesse in consimili alienazioni delle liberalità verso gli acquirenti, le sottoporrebbe alla riduzione, come tutte le altre disposizioni a titolo gratuito.

(a) *L'alienazione col peso di una rendita vitalizia è quella ch'è fatta col mezzo d'una rendita che si chiama vitalizia perchè si dee estinguere colla vita di colui sulla di cui testa si costituisce. Chiamasi pure quest' alienazione a* fondo perduto, *perchè il fondo o il capitale dato per acquistar la rendita è perduto per colui che l'ha dato, e non ritorna ai suoi eredi, a differenza della rendita perpetua di cui il debitore o i suoi eredi non possono liberarsi che rimborsando il capitale. L'alienazione dunque a rendita vitalizia o a fondo perduto è la stessa cosa, benchè la redazione viziosa dell' art.* 918 † 834 *sembra farne due specie di alienazione quando si esprime*, sia col peso di una rendita vitalizia sia a fondo perduto. (*V.* Toullier, *loc. cit. num.* 131 *nota* 1.)

espressioni, e le modificazioni che il legislatore mede-

Si oppone ancora l' art. 1676 † 1522, e si dice: Se la legge non accorda che due anni al venditore per domandare la rescissione della vendita fatta a vil prezzo, come supporre ch' essa abbia inteso d'introdurre un' azione rescissoria che si prolungherà necessariamente durante tutta la vita di colui che ha disposto, ed anche durante molti anni dopo la sua morte? Io rispondo che vi è gran differenza tra l' azione di cui qui si tratta, e quella di rescissione della vendita per viltà di prezzo, perchè quest' ultima si accorda pure contro i terzi. Bisognava dunque per non imbarazzare la circolazione de' beni stabil re un termine molto breve nel quale potesse intentarsi. L' azione di rescissione per frode non è reale di sua natura: essa non è nemmeno *in rem scripta*; essa è puramente personale, com' era l' azione *de dolo* presso i Romani. Non vi è dunque alcun inconveniente ch' essa si prolunghi indefinitamente, poichè non può giammai esser data che contro l' autore o il complice della frode che certamente non merita grandi riguardi.

Finalmente il principio sul quale è fondata la nostra opinione è così evidente, che la corte di cassazione stessa non ha potuto dispensarsi dal convenirvi in un arresto del 24 novembre 1808 (Sirey, 1809 1. par. p. 103) col quale rigettò il ricorso contra una decisione portante che una donazione simulata fatta da colui che lascia eredi aventi dritto ad una riserva, era nulla benanche per la porzione disponibile. Ora a me sembra, che quando si giudica che l' individuo il quale può disporre del quarto de' suoi beni non può farlo con un atto simulato, deesi giudicare egualmente che colui il quale può disporre della totalità non può nè anche farlo con un atto simile. Poichè, finalmente, qual' è il principio che ha diretta la giurisprudenza della corte di cassazione contra la quale ora io ragiono? Egli è quello di potersi fare in un modo simulato tutto ciò che si potrebbe fare direttamente. Ora, l'individuo che ha tre figli, per esempio, può donare direttamente il quarto de' suoi beni. La sua facoltà di disporre relativamente a questo quarto è così piena come è quella dell' individuo che non ha discendenti nè ascendenti relativamente alla totalità dei beni. Ora l'arresto di novembre 1808 ha giudicato che colui che poteva dare direttamente il quarto de' suoi beni non poteva farne una donazione mascherata. Dunque deesi giudicar egualmente che colui che potrebbe donare direttamente tutti i suoi beni non può per questo donarli in un modo simulato.

La corte di cassazione sentì la forza dell' argomento che risultava da questo arresto contro il suo sistema, quindi adottò essa un' altra giurisprudenza, e nel 6 giugno 1814 cassò una decisione la quale in un consimile caso, e conforme a ciò ch'era stato precedentemente giudicato dalla stessa corte di cassazione, aveva annullata la donazione pel totale (Sirey, 1814, 1. par. p. 215); ed essa ha pronunciato nello stesso modo cogli arresti del 26 luglio 1814 (*Bullett.* n. 79) e del 31 luglio 1816 (*Bullett.* n. 56). Ma non si vede come siansi potute cassare delle decisioni che non solamente non contravvenivano ad alcuna disposizione del Codice, ma che si erano ancora conformate alla disposizione dell' art. 1099, che annulla interamente le donazioni mascherate, ancorchè fatte a coloro ai quali è permesso di donare direttamente almeno sino ad una certa concorrenza.

simo ha stimato conveniente di apportare alla proibizione generale contenuta nell' art. 896 ✝ 941.

Eccettuato questo caso, tutte le altre condizioni moralmente o fisicamente impossibili (4) apposte ad una do-

---

Un altro arresto della cassazione, del 9 luglio 1817 (*Bullett.* n. 73), porta in uno de' suoi motivi, che la riduzione delle donazioni che eccedono il disponibile ha per oggetto di punire la frode di quei che vogliono eludere le leggi relative alla riserva. Questo motivo è inesatto. Sulle prime, non vi è frode quando si agisce apertamente. *Dolus est* (dice la l. 1, §. 2, ff. *de dolo malo*) *cum aliud agitur, aliud simulatur.* D' altronde può spesso accadere che il donante non abbia alcuna intenzione fraudolente, per es. se la sua fortuna era molto più considerevole all' epoca della donazione che a quella della sua morte, egli poteva allora senza intaccar la riserva fare delle liberalità che non son diventate riducibili dopo, se non per la diminuzione de' suoi beni. Bisogna dunque dire che il fine della riduzione sia unicamente di completar la riserva in favore degli eredi a' quali essa è dalla legge assicurata, ed impedire che si minori in qualunque siasi modo (*a*).

Nota. Un arresto della cassazione del 14 novembre 1816 (Sirey, 1817, par. 1 p. 372), ha rigettato il ricorso prodotto contro una decisione che avea ordinata la rescissione d' una donazione simulata sotto la forma di vendita, sulla domanda stessa di colui che avea figurato come venditore. Questa stessa decisione avea egualmente giudicato che nella specie proposta, l'acquirente non poteva esser riguardato come tale di buona fede, e che in conseguenza non poteva reclamare le spese da lui fatte, se non *quatenus res pretiosior facta fuerat.*

La corte di Tolosa ha giudicato egualmente nel 9 gennajo 1821: (Sirey, 1821, par. 2. p. 242), che la simulazione di un contratto poteva esser opposta anche da colui che vi era stato parte, quando non vi fosse alcuna frode da rimproverarglisi.

(4) Una condizione è fisicamente impossibile quando le leggi della natura si oppongono alla sua esecuzione. Ella è moralmente impossibi-

---

(*a*) *Questa quistione che avea divisa in due sentenze la cassazione di Parigi, tiene ancora in discordia i migliori interpetri francesi.* Toullier *è di un sentimento opposto a quello del N. A., e l'esamina lungamente nel Cap. VI* delle Successioni, *al num.* 474. *La sezione de' ricorsi giudicava nulle le donazioni sol perchè mascherate sotto la forma di un contratto oneroso, e ne rigettava i ricorsi; quando poi li ammetteva contro le decisioni che le avevano giudicate valide, la sezione civile li rigettava perchè le credeva valide, sino a che convenne quella sezione nell' ammettere il ricorso contra la decisione della corte di Bruxelles che avea annullata una donazione simulata sotto la forma di un contratto oneroso, che venne cassata dalla sezione civile con arresto del* 19 *novembre* 1810. *Conseguenza di ciò fu che quella corte suprema sulla quistione se la nullità di tali donazioni simulate si estendesse anche al caso in cui fossero fatte a persone capaci di raccoglierle, decise ancora per la negativa coll' arresto del* 10 *novembre* 1810 (*Sirey*, 1811, 1. *par. p.* 70. *V. pure il nuovo Repertorio alla voce* donation *sez.* 2 § 6, *e lo stesso* Toullier *a questo Titolo num.* 85).

nazione tra vivi o testamentaria, si reputano come se non fossero scritte (5). 900 816

---

le, quando tutto che fisicamente possibile pure non può adempirsi senza la violazione delle leggi o de' buoni costumi. Tale sarebbe la condizione di commetter un furto, un assassinio, ec.

Osservate, riguardo all' impossibilità fisica:

1. Che bisogna che questa impossibilità sia assoluta. Se la condizione sia possibile in se stessa, quand' anche fosse impossibile pel legatario, essa debbe avere il suo effetto. Che è quello che decide a buon dritto Ricard, *delle Disposiz. cond.* n. 232 e seguenti, ed è uniforme alla l. 4, §. 1, ff. *de statu liber.*

2. Che se la condizione è impossibile solo in parte, si dee adempir ciò ch' è possibile, e 'l dippiù *pro non scriptu habetur*; l. 12 ff. *de dote præleg.* e 6, §. 1, ff. *de condit. et demonstr.*

3. Che se la condizione possibile nel principio è diventata impossibile, bisogna distinguere: S' essa è diventata impossibile durante la vita del testatore, poichè bisogna considerare il momento della morte, la condizione dee riputarsi come non iscritta. Se tale divenne dopo la morte del testatore, fa d'uopo ancora distinguere: se l'impossibilità è sopravvenuta dopo la morte del legatario, il legato è nullo; mentre, poichè all' epoca della morte del legatario era la condizione possibile, il legato è divenuto caduco sol perchè il legatario è morto prima che la condizione si adempisse. L'impossibilità sopravvenuta dopo non può farlo rivivere. D' altronde l' impossibilità equivale all' adempimento. Ora l' adempimento della condizione sopravvenuta dopo la morte del legatario non impedisce la caducità. Ma se l' impossibilità è sopravvenuta durante la vita del legatario, conviene ancora distinguere: se sia avvenuta per opera e fatto suo, il legato è nullo; altrimenti è valido.

(5) Pertanto bisogna distinguere riguardo alle condizioni negative, vale a dire, che consistono in non fare. Se questa sorta di condizioni è imposta al legatario, la disposizione si reputa pura e semplice. Così, figuriamo questa disposizione: io dono e lego cento a Tizio, *si cœlum digito non tetigerit*, il legato è puro e semplice. Ma se questa è imposta a colui ch' è incaricato di pagare il legato, allora bisogna dire che la condizione si reputa compiuta piuttosto che non iscritta. Come, s' egli è detto: il mio erede darà cento a Tizio *nisi cœlum digito tetigerit*: in questo caso si considera che l' erede abbia adempiuta la condizione, ed è per conseguenza discaricato dall' obbligo.

Dal principio che le condizioni moralmente o fisicamente impossibili sono in generale riputate come non scritte o compiute, risulta che il donatario raccoglie la donazione, ed è dispensato dall' adempimento della condizione. Era lo stesso anticamente, quando queste condizioni venivano annesse alle disposizioni testamentarie. (LL. 3 ff. *de condit. et demonst.*, e 14 ff. *de condit. instit.*) Ma era altrimenti riguardo alle donazioni tra vivi, ed in generale a tutti gli atti ch' esigevano il concorso di due volontà: non solamente queste condizioni erano nulle, ma annullavano la disposizione cui si erano apposte. (LL. 31, ff. *de obligat. et act.* e 137 §. 6, ff. *de verb. obligat.*)

Si dava per motivo della differenza, primieramente riguardo alle condizioni fisicamente impossibili, che quei che oppongono o lasciano

apporre in un contratto una condizione impossibile, si reputano di aver voluto scherzare e di non aver pensato a seriamente obbligarsi, o ad obbligare un altro; ma che non possa supporsi lo stesso riguardo al testatore il quale scrivendo le ultime sue volontà ha necessariamente innanzi agli occhi l'idea della morte, idea che esclude dalla sua parte ogni sospetto di scherzo; e quindi debba piuttosto supporsi che fosse uno sbaglio sfuggito al suo spirito disturbato, e che non può viziare la disposizione principale. Quanto alle condizioni moralmente impossibili vi era un più valido motivo di differenza; cioè che nell'atto tra vivi in cui le due parti intervengono si reputa che il donatario siasi obbligato ad eseguire la condizione: ora questo stesso suo consenso è un delitto che debb'esser punito colla nullità dell'atto in suo favore sottoscritto. Non si può far lo stesso rimprovero all'erede istituito, o ai legatarii che non intervengono nel testamento, che ignorano il più spesso ciò che vi si contiene, e che quando lo sapessero non potrebbero impedire il testatore dal disporre come gli piace (*a*).

Il Codice ha ammessa la disposizione del roman dritto relativamente alle convenzioni. *Qualunque condizione di una cosa impossibile*, dice l'art. 1172 † 1125, o *contraria ai buoni costumi*, o *proibita dalla legge*, *è nulla*, *e rende nulla la convenzione che ne dipende*. Può sembrare strano dopo ciò l'essersi adottata una disposizione contraria nell'art. 900 † 810 per le donazioni tra vivi che sono dei veri contratti, o almeno di non essersi fatta alcuna distinzione fra le condizioni realmente impossibili e quelle che sono contrarie alle leggi o ai buoni costumi. Come supporre infatti che un uomo il quale siasi formalmente impegnato a commettere una cattiva azione possa venire a domandar il prezzo della sua turpitudine? a meno che non si dica che siasi con ciò voluto impedire l'effetto della malevolenza del donante nel favorire il donatario che non obbedisse alla condizione; dovendosi supporre ch'egli non vi abbia acconsentito che per impedire al donante di rivolgersi ad altri che fosse meno scrupoloso. D'altronde o il donatario ha compiuta la condizione, o no. Nel primo caso, io penso ch'egli è indegno della protezion della legge, e che gli si debba negare ogni azione (art. 1131 e 1133 † 1085 e 1087); nel secondo al contrario, egli merita di esser favorito, e non vi è alcuno inconveniente di ricompensarlo a spese del donante, ch'è molto più colpevole nell'aver cercato di sedurlo per fargli commettere un delitto. Io credo che questo sia tutto quello ch'è possibile di dire per giustificare la disposizione dell'art. 900 in quanto essa si applica alle donazioni fra vivi (*b*).

(*a*) *È ben evidente la debolezza di questi motivi, ed i giureconsulti filosofi*, come Grozio, Vinnio, Einnecio ec., *trovarono ingiusta ed irragionevole la distinzione fatta dalle romane leggi tra le disposizioni testamentarie e le altre convenzioni. Ma il Codice è andato anche al di là, ed ha esteso alle donazioni tra vivi quel che il roman dritto non applicava che con molta difficoltà ai testamenti. Per cui n'è risultata non già una antinomia*, ma una disparate *choquante*, *secondo l'espressione di* Toullier, *tra l'art.* 900 *e l'art.* 1172.

(*b*) *Troppo debole giustificazione. Lo stesso* Maleville *osserva con molta ragione che l'art.* 900 *sia del numero di quelli che debbono sperimentare una riforma nella revisione del Codice.*

La condizione di maritarsi o di non maritarsi, dee ella riguardarsi come contraria ai buoni costumi, ed in conseguenza come non iscritta? Sulle prime, si è sempre riguardata come tale la condizione di non maritarsi, e vi è adesso minor motivo ad adottare una diversa opinione, attualmente che i voti religiosi perpetui non sono riconosciuti in Francia. Nulladimeno se si trattasse d' un secondo matrimonio, e che la condizione fosse imposta dal conjuge, io penso che questa condizione si dovrebbe riguardar come valida, come si è sempre fatto. Così è stato giudicato dalla corte di Lione per un legato fatto da un testatore morto sotto l' impero della legge del 17 nevoso an. 2, che favoriva singolarmente i vantaggi tra i conjugi (decis. del 18 novembre 1813, Sirey, 1815, 2. par. p. 221) (*a*).

Per la contraria ragione la condizione di maritarsi è sempre ammessa: e deb'b esser lo stesso della condizione di sposare la tale persona. Ciò è così vero che tutte le donazioni per contratto di matrimonio si reputano fatte sotto queste due condizioni.

Poichè 1. la donazione è nulla se il donatario non si marita;

2. È nulla s' egli non sposa la persona di cui si parla nel contratto.

Nulladimeno, se la condizione di sposare una tale persona si fosse fatta fuori del contratto di matrimonio, e che la persona destinata fosse tale che il donatario non potesse onestamente sposarla, allora la condizione sarebbe riguardata come contraria ai buoni costumi, e come tale *pro non scripta habeetur*.

Quid se la persona indicata sia parente in un grado proibito? Ricard su questa quistione è di parere doversi distinguere: Se la proibizione è tale che non possa ottenersene la dispensa, la condizione *pro non scripta haberi debet*, come contraria alle leggi. Se la dispensa è possibile, il donatario dee fare i passi necessarii per ottenerla: e s'essa è negata, la condizione dee riguardarsi come non iscritta, sia come impossibile, sia come contraria alle leggi (*delle disposiz. condiz.* n. 262). Pure a me sembra doversi preferire il parere di Furgole, *dei Testam.* tom. II. cap. 7 sez. 2 n. 76 e seg. il quale pensa che in tutti i casi questa condizione dee riputarsi non iscritta. In fatti vi sono alcuni di così dilicata coscienza che si farebbero scrupolo di contrarre simili matrimonii, soprattutto per semplice mira d' interesse. Per lo stesso motivo io son d' avviso, che questa decisione dovrebb' essere applicata nel caso in cui il matrimonio benchè permesso dalla legge civile fosse proibito dalla religione del donatario (*b*).

(*a*) *Toullier dopo aver detto (l. c. n. 256) che siasi sempre riguardata come contraria ai buoni costumi la condizione assoluta imposta al donatario di qualunque siasi sesso di non maritarsi, citando ancora l' arresto della cassazione del 20 gennajo 1806, rapportata da Sirey, 1806, p. 175; nel seguente num. 259 sostiene che sotto l' impero del Codice civile questa condizione non debba essere riguardata come contraria ai buoni costumi, o alle leggi. Noi pensiamo del pari, tanto più che questa condizione era riguardata come lecita dalla novella 22, cap. 44.*

(*b*) *Ciò non ostante Chabot nelle sue quistioni transitorie pag. 112 pensa che la condizione di sposare sua nipote, per esempio, non abbia nulla d' illecito, poichè questo matrimonio è permesso*

Quanto alla condizione di non isposare una tale persona, ella dee valere tanto più che è molto meno restrittiva della libertà che quella di sposare tale, o tal'altra.

Nulladimeno, se la condizione fosse di non sposare una persona colla quale il donatario fosse vissuto in illecito commercio, io penso che bisognerebbe distinguere: se la condotta di questa persona fosse tale che il donatario non potesse decentemente sposarla, io penso che la condizione sarebbe valida. Ma se questa persona avesse in vece tenuta una condotta onesta, siccome allora le leggi dell'onore e della coscienza obbligano il donatario a sposarla, soprattutto se vi son figli da legittimare, il mio avviso sarebbe che la condizione debba esser riguardata come non iscritta.

Veggasi su questi diversi punti Ricard, *delle Disposizioni condizionali*, n. 255, 257 e seg.

Poichè il Codice non riguarda come non iscritte che le condizioni moralmente o fisicamente impossibili, se ne dee concludere che le disposizioni fatte *poenae nomine* sono valide. Chiamansi così quelle che han per oggetto meno di gratificare colui in di cui favore son fatte, che di punir l'erede s'egli non si uniformi alla volontà del testatore. Esempio: *Io dono e lego la mia casa a Pietro, se il mio erede fa o non fa tal cosa*. Egli è evidente che in questa disposizione l'intenzione del testatore è stata meno di usar liberalità a Pietro che di costringer il suo erede a fare ciò ch'egli ordinava, o ad impedirgli di fare ciò che gli proibiva. Queste disposizioni erano nulle nell'antico dritto romano, perchè dicevasi *legata non ex odio sed ex benevolentia proficisci debent*. Giustiniano avea abrogata questa nullità colla legge unica Cod. *de his quae poenae nomine* ec.; e con ragione. Egli è certo in fatti che il testatore ha il dritto d'imporre al suo erede quella condizione che giudica convenevole. Ma questo dritto sarebbe elusorio s'egli non avesse anche quello di punirlo nel caso in cui non adempisse all'impostagli condizione. Ora come può egli punirlo se non privandolo di tutto o di parte dell'eredità, e come può privarnelo s'egli non ne dispone a favore di altri? E d'altronde non è esatto il dire che nel caso proposto il testatore non abbia avuta l'intenzione di gratificar Pietro, perchè egli potea disporre della cosa in favore di chiunque altro; e la scelta che ha egli fatto di lui è per se stessa un

mediante dispensa. La condizione se il donatario ottenga le dispense per isposare la sua nipote non ha nulla di contrario alle leggi: ora questa condizione non è implicitamente contenuta nella condizione s'egli sposi sua nipote? Toullier trova quest'opinione più ragionevole, l. c. n. 252. Tra noi sarebbe diversamente. L'opinione di Furgole sostenuta dal N. A. è favorita benanche dalla legge 137, § 6, *ff.* de V. oblig., *e come abbiam dimostrato tante volte, la idea del nostro legislatore è stata di rimenarci per quanto più era possibile alle prescrizioni dell'antico dritto.*

Ma sarebbe lecita la condizione di abbracciare o non abbracciare lo stato ecclesiastico? Il Toullier (l. c. n. 265) dice che sia difficile prevedere come sarebbe questa quistione risoluta sotto l'impero del Codice, ma come non vi esiste legge precisa abbastanza per trarne una conseguenza rigorosa, rimane abbandonata alla prudenza de' magistrati.

Sezione ii.

Della capacità di donare o di ricevere (6).

La facoltà di donare e ricevere si reputa esser di dritto comune (7), ed appartiene in conseguenza ad ogni persona che non ne fu privata formalmente dalla legge (8). 902 818

---

segno di benevolenza. Finalmente è certo nel dritto che si possa fare un legato a favore di un individuo sotto la condizione che dipenda dalla volontà di un terzo; perchè non se ne potrebbe far uno sotto la condizione dipendente dalla volontà dell' erede? Ben inteso però, che la condizione di cui si tratta sia moralmente o fisicamente possibile. Altrimenti essa è riputata non iscritta, o piuttosto adempiuta, come si è detto di sopra, ed allora la disposizione a vantaggio di Pietro sarebbe nulla.

Quid se, come qualche volta avviene, la condizione imposta all' erede è quella di non impugnare tale o tal altra disposizione che sarebbe impugnabile secondo la legge civile? Io penso che bisogna distinguere, se la disposizione della legge civile è fondata sull' ordine pubblico o sopra i buoni costumi, o sull' interesse solo dell' erede. Si può dar per esempio del primo caso una disposizione in favore di un figlio naturale al di là della quota determinata dalla legge. Io penso che in questo caso la condizione dee riputarsi non iscritta come contraria ai buoni costumi. Si può dar per esempio del secondo caso quello d' una donazione fra vivi nulla in quanto alla forma. Io penso che allora la condizione è valida.

(6) Riflettete che la nullità risultante dalla mancanza di detta capacità non può esser coverta col consenso che avrebbe potuto darsi dall' erede legittimo durante la vita del disponente. Questo consenso si presume sempre estorto dal timore *ne donator pejus faciat*; e d' altronde sarebbe veramente un patto su d' una successione futura, poichè è una vera rinunzia anticipata ai dritti che dovranno esercitarsi come erede. Ora la nullità di questa sorta di patti è pronunziata dall' art. 1130 † 1084.

(7) Dicesi che una cosa sia di dritto comune quando non è necessario che la legge la permetta, ma basta che non l' abbia proibita.

(8) Ciò non ostante io penso che si debba stabilir questa differenza tra la donazione fra vivi e 'l testamento, che la prima dovendo essere riguardata in generale come un contratto, debb' essere considerata, come appartenente piuttosto al dritto delle genti, vale a dire al dritto che noi abbiamo chiamato *dritto naturale secondario.* Il testamento al contrario appartiene al puro dritto civile. Questa distinzione di cui è possibile che noi abbiamo occasione di far uso in seguito è fondata su ciò che nella donazione tutto si passa tra il donatore e 'l donatario. Avviene anche spesso, e quasi sempre nelle donazioni di effetti mobili, che l' autorità del donante solo basti perchè la donazione sia consumata; e se la legge interviene qualche volta per

Sono incapaci di donare:

25 1. Le persone colpite da morte civile; (9) T.

---

procurarne l'esecuzione, non è che nel modo ch'essa interviene ne'contratti, i quali sono certamente di dritto naturale. Col testamento, al contrario, il testatore dispone de' suoi beni per un tempo in cui egli non esisterà più. Egli fa un atto, e l'atto il più esteso di proprietà, per un tempo in cui non più sarà egli proprietario, in cui non sarà più in grado per proteggere l'esecuzione delle sue volontà. Bisogna dunque che la legge s' incarichi essa stessa di farle eseguire. Colla donazione, il donatario diventa, immediatamente e pel fatto della donazione proprietario egli solo dell'oggetto donato; ora la proprietà essendo di dritto naturale, il dritto di trasmetterla ad un altro debb'essere allogato nella stessa linea. Nel testamento, la proprietà non è trasferita nell' istante della formazione dell' atto, e nel momento in cui potrebb' esserla il disponente non è più proprietario. Dunque la legge sola la trasmette. Questa trasmissione adunque non è che di mero dritto civile (*a*).

(9) Bisogna riguardo al morto civilmente osservare una differenza essenziale tra la donazione fra vivi e 'l testamento. La donazione avendo il suo effetto, ed investendo il donatario della proprietà dell'oggetto donato, dal momento in cui essa è fatta, basta che il donatore abbia il dritto di disporre in quell'epoca. Il testamento al contrario, non avendo effetto che nel momento della morte del testatore, bisogna ch' egli abbia la facoltà di disporre non solo all' epoca della formazione dell' atto, ma benanche in quella della sua morte. In conseguenza la morte civile sopravvenuta dopo la donazione fra vivi non pregiudica affatto al dritto del donatario; quando che il testamento del morto civilmente è nullo di pieno dritto tuttochè fosse stato fatto prima della condanna ed anche prima del misfatto che vi ha dato luogo. Non è lo stesso del testamento fatto prima dell' interdizione, e che è valido quand'anche il testatore morisse nello stato d' interdetto. La ragion della differenza consiste in ciò, che il morto civilmente è privato anche del dritto di disporre, in luogo che l' interdetto non è privato che dell' esercizio di questo dritto. Se dunque l' ha egli esercitato prima dell' interdizione, il suo testamemto è valido. Ciò è formalmente deciso dalla l. 18, ff. *Qui testam. fac. possunt*, e dal §. 1 Instit. *Quibus non est permissum fac. testam.*

Ma *quid*, se il testatore era incapace nell' atto che fece il testamento, ma capace nel momento della morte? Il testamento è nullo. *Vedete* appresso la nota 17. pag. 24.

Quid, s' egli è stato incapace soltanto nel tempo intermedio? *Tempora intermedia non nocent*, dice il §. 4 Inst. *de hered. et differ.* Per conseguenza il testamento è valido; per es. se il testatore capace nell' atto del testamento, ed avendo dopo incorso nella morte civile, abbia in seguito purgata la contumacia. Vedete qui appresso la stessa nota 17, e la nota 37 al Titolo II, primo volume, pag. 111.

(*a*) *Questo stesso si assume e pe' medesimi motivi dal signor Grenier nel suo Trattato delle Donazioni e de' Testamenti.*

417 2. Coloro che non godono sanità di mente; (10) 901

(10) L'art. 504 † 427 debb' essere applicato alle disposizioni a titolo gratuito, o possono impugnarsi questi atti, sul pretesto che il disponente non era sano di mente senza aver fatto pronunciare, o almeno senz' aver provocata la sua interdizione quando vivea? Egli sembra che la comune opinione attualmeutc sia che l'art. 504 non debba applicarsi alle disposizioni a titolo gratuito. Decisione di Colmar del 17 giugno 1812 (SIREY, 1813, 2. par. p. 43.) Quest' opinione è fondata su due ragioni (*a*).

La prima che se l'art. 504 fosse stato applicabile a questa sorta di atti, l'art. 901 † 817 diveniva assolutamente inutile.

La seconda, che nel progetto del Codice si era aggiunto a questo art. 901 un paragrafo portante che doveva esso riferirsi all'art. 504, e che questo paragrafo è stato soppresso nella discussione.

Pure a me sembra che si possa rispondere sulle prime a questa seconda ragione, che non vedesi che questo paragrafo sia stato rigettato, ma soltanto aggiornato sino al nuovo esame che far si dovea dell' art. 504. Sembra che questo esame non abbia avuto luogo; e, in ogni caso, l'articolo rimase com' era, e concepito nella maniera la più generale. " Dopo la morte di un individuo, gli atti da esso fatti (*senza*
,, *distinzione*) non potranno essere impugnati per causa di demenza,
,, se non ne' casi che si fosse pronunciata o dimandata l'interdizione
,, prima della sua morte; a meno che la pruova della sua demenza
,, non risultasse dall' atto stesso che viene impugnato. ,,

Voler distinguere tra gli atti fatti a titolo oneroso, e quelli che sono stati fatti a titolo gratuito, e'l pretendere che l'art. 504 non si applichi che a' primi e non già ai secondi, mi sembra una opinione interamente inconciliabile col testo dell' articolo, che non distingue, e colla ragione, che ci dice doversi la disposizione di tale articolo principalmente applicare agli atti gratuiti; che son questi appunto quelli che gli eredi han maggiore interesse di far annullare, e che per conseguenza importa di proteggere nella maniera più efficace contra la di loro avidità.

Si può dire d'altronde, che si ebbe ragione di non adottare il secondo paragrafo dell' art. 901, nel modo com' era redatto. In effetti ivi si diceva: " Che le donazioni fra vivi, o i testamenti, non po-
,, trebbero essere impugnati per causa di demenza, che nel caso e
,, nel modo prescritto dall' art. 504. ,, Ora io penso che questa reda-

(*a*) *Questo dubbio è risoluto e la giurisprudenza fissata coll'arresto della cassazione del 22 novembre 1810 reso dietro le conclusioni di* MERLIN. *Da esso risulta che l'art. 504 non è applicabile nè alle donazioni, nè ai testamenti, specialmente regolati dall'art. 901, che forma eccezione all' art. 504, ov' è stabilito il principio generale; e che in conseguenza quei che vogliono impugnare una donazione o un testamento possono essere ammessi a provare tutti i fatti necessarii a chiarire che il donante o il testatore, la di cui interdizione non fosse stata provocata in sua vita, non era sano di mente all' epoca dell' atto, senza distinguere se questi fatti abbiano o no costituito uno stato permanente di demenza.* (*V.* TOULLIER, *l. c. n.* 56).

zione era troppo generale, e che relativamente alla quistione che ci occupa bisogna distinguere : Se lo stato di demenza è sopravvenuto poco tempo prima della morte dell' individuo, in modo che la mancanza di provocar l' interdizione dalla parte de' congiunti possa essere ragionevolmente attribuita alla speranza che aveano della sua guarigione, vi sarebbe dell' ingiustizia nel ricusar loro il dritto d' impugnare la disposizione. Ma se la demenza fosse durata per così lungo tempo da non poter dar luogo a questa presunzione, io non vedo affatto perchè non dovesse applicarsi l'art. 504, e perchè colui che non potrebbe impugnare una vendita di qualunque siasi valore, potesse impugnare una donazione o un testamento fatto all'istessa epoca, e forse ancora anteriormente? D' altronde supponiamo un istante che i parenti abbiano provocata l' interdizione, e che il tribunale, usando della facoltà accordatagli dall' art. 499 † 422, siasi contentato di nominare un consulente al convenuto, bisognerebbe, se si seguisse la lettera degli art. 502 e 503 † 425 e 426, decidere che tutti gli atti anteriormente fatti, ed anche dopo la domanda sino alla sentenza, sono inattaccabili; il che favorirebbe particolarmente la frode; in questo caso dunque, se si tratta di disposizioni a titolo gratuito, si ricorrerà all' art. 901. Ed è per questo che, senz' approvare interamente i motivi d' un' arresto reso dalla corte di cassazione il 17 marzo 1813, e rapportato da Sirey, 1813, 1. par. p. 393, io penso che siasi con ragione annullata una donazione fatta da un individuo, la di cui interdizione era stata provocata, ma al quale il tribunale avea soltanto nominato un consulente, come fatta dopo la domanda o l' interdizione. (V. un altro arresto di cassazione del 19 dicembre 1814 (*Bullett.* n. 98.), ed una decisione di Roano del 3 maggio 1816, rapportata da Sirey, 1816, 2. par. p. 239).

Supponendo ammessa questa distinzione, si spiegherebbe il perchè fu rigettato il proposto paragrafo; poichè era esso concepito in maniera talmente esclusivo, che il testamento di un individuo non avrebbe potuto in alcun caso essere impugnato per causa di demenza, se la sua interdizione non fosse stata pronunciata o almeno provocata prima della sua morte; quando anche, per es., non si fosse manifestata la demenza che otto o quindici giorni prima della morte, ciò che sarebbe sommamente ingiusto. Questa opinione fa veder egualmente come l' art. 901 poteva ancora esser utile, anche dopo l' art. 504; poichè noi supponiamo che il testamento potrebb' esser impugnato in certi casi, abbenchè l' interdizione non sia stata pronunciata nè provocata in vita del testatore. D' altronde non è egli possibile di provare che l' atto sia stato fatto in un momento di ebrezza o di delirio? Ed in questo caso la disposizione dell' articolo 901, non diventa essa necessaria?

Se il testatore sia stato dichiarato sano di mente in un testamento fatto per pubblico atto, e che si voglia attaccarlo come fatto da una persona non sana di mente, si è obbligato di inscriversi in falso? Io nol penso. Il notajo non ha potuto nè dovuto assicurare che l' individuo era sano di mente, ma soltanto che a lui parve tale. Ora egli è evidente che non sia questo un fatto di cui possa garentir la certezza come notajo, e che si può in conseguenza esser ammesso a provarne la falsità, se vi è luogo, senza che vi sia bisogno d' inscriversi in falso contra il testamento. Si può essere ammesso ben anche a pro-

vare che il testatore non sia stato libero, che il suo consenso sia stato forzato, senz' esser obbligato d' inscriversi in falso; e tanto più ch'egli è possibile che i fatti della violenza che han potuto precedere il testamento, o che avessero potuto seguire il rifiuto fatto dal testatore di disporre, o di farlo in tale o tal modo, siansi ignorati dai notai. Questo è l'avviso di Ricard, *delle Donazioni*, par. 3. n. 30. Giudicato in questo senso in cassazione il 18 giugno 1816. (Sirey, 1817, 1. par. p. 158) (*a*).

Si possono ancora allegare contra i testamenti i fatti di artifizio, suggestione, collera, odio, ec.? Nel progetto del Codice civile eravi una disposizione così concepita. " La legge non ammette la pruova ,, che il testamento sia stato fatto per odio, sdegno, ec. ,, Questa disposizione non si ritrova più nella redazione diffinitiva. Se ne dee concludere che siasi inteso di ammettere la disposizione contraria? Questa ommissione, per se stessa, non somministrerebbe che una leggerissima presunzione. Si avrebbe potuto pensare che l' azione *ab irato*, per esempio, non potendo aver luogo *se* non quando fosse formalmente autorizzata dalla legge, bastava di non parlarsene, e ch' era inutile proibirla con una espressa disposizione. Ciò non ostante sembra che non sia stata questa l' intenzione del legislatore. Ecco come si esprimeva l' oratore del governo presentando il Titolo *delle donazioni e dei testamenti*:

" La legge serba il silenzio sulla mancanza di libertà che può ri-,, sultare dalla suggestione, e dalla lusinga, e sul vizio d' una volontà ,, determinata dalla collera o dall' odio. Quei che hanno intrapreso di ,, far annullare le disposizioni per consimili motivi, non sono giam-,, mai riusciti a trovar pruove sufficienti per far rigettare titoli posi-,, tivi, e forse varrebbe meglio per l' interesse generale, che questa ,, sorgente di liti ruinose e scandalose fosse disseccata, dichiarando ,, che queste cause di nullità non sarebbero affatto ammesse. Ma allora ,, la frode e le passioni avrebbero creduto trovare nella legge stessa un ,, titolo d' impunità. Le circostanze possono esser tali, che la volontà ,, del disponente non sia stata libera, o ch' egli sia stato totalmente ,, dominato da una ingiusta passione. La savièzza de' tribunali potrà ,, soltanto valutar questi fatti ec. ,,

Risulta molto chiaramente da questo passo, che non siasi inteso di sopprimere totalmente l' azione *ab irato*, ma restringerla al caso in cui l' influenza della passione sia stata tale da togliere in qualche modo al disponente l' uso della ragione. *Perchè taluno possa far donazione tra vivi o testamento*, dice l' art. 901 † 817, *è necessario che sia sano di mente*, vale a dire, che goda di tutta l' estensione della sua ragione. Ora, si può dire che colui il di cui cuore è pieno di

(*a*) *Grenier, l. c. par.* 1 *num.* 103, *distingue la menzione fatta vagamente dal notajo dello stato sano della mente del disponente, dalla menzione espressa di una circostanza materiale, la di cui esistenza servisse d' indicazione propria onde formarsi idea sullo stato di sanità o di malatia del disponente, che non può distruggersi che col mezzo della inscrizione in falso; egli mentova in appoggio la decisione di quella Corte suprema del* 19 *ottobre* 1810 *e Merlin, Repertorio v.* **testamento** *sez.* 1 *§.* 1 *art.* 1. *n.* 2.

odio, o d' ira violenta, goda della pienezza di sua ragione? Segue da ciò che sarebbe difficile lo stabilire regole precise per l' ammessione del mezzo tratto dall' odio. Ciò non ostante non bisogna perder di vista che questo debb' esser ammesso più facilmente in favore de' figli che de' collaterali. *Non sanae mentis sunt*, dicono le romane leggi, *qui sine causa liberos suos exheredant*. (L. 2, ff. *de inoff. test.*) V. una decisione di Lione del 25 giugno 1816. (Sirey, 1817, 2. par. p. 133).

Del resto si può dire in generale, che acciò l' odio o la collera possa dar luogo ad annullare una disposizione, fa d' uopo 1. che queste passioni siano violenti, 2. ch' esse siano ingiuste; 3. ch' esse siano il solo motivo della disposizione.

Violenti. Noi abbiam visto bisognare che la passione fosse tale da presumersi ch' essa abbia tolto al disponente l' uso della sua ragione.

Ingiuste. Se l' attore, per i suoi costumi, per la sua prava condotta, o per suoi cattivi procedimenti verso il disponente, si ha giustamente attirato l' odio di quest' ultimo, non può imputar che a se stesso la disposizione che lo colpisce, ed egli non è ammessibile a lagnarsene.

Finalmente, *ch' esse siano state il solo motivo della disposizione*. Egli è molto evidente, che se a causa de' legami che uniscono il donante al donatario, per servizj che quest' ultimo ha potuto rendere al primo, si può credere che la disposizione sia stata dettata dall'amicizia o riconoscenza, l' azione *ab irato* non è ammessibile.

È forse necessario per dar luogo all' azione *ab irato* che la persona spogliata sia direttamente l' oggetto dell' odio del disponente? No; basta che la passione sia il vero motivo della disposizione, quand' anche l'odio e la collera del disponente fossero diretti contra una persona diversa da quella che sia stata spogliata. È in conseguenza di questo principio che una decisione del 9 maggio 1712 annullò come fatto *ab irato* il testamento del sig. Le Camus, luogotenente civile, che avea diseredato il sig. de Nicolay de Goussainville suo nipote, in odio del sig. Nicolay suo genero.

L' effetto dell' azione *ab irato*, quando è ammessa, non è di far annullare l' intero testamento, ma soltanto le disposizioni che sono evidentemente dettate dalla collera o dall' odio: tutte le altre debbon essere conservate (*a*).

(*a*) *Una decisione della Corte di Aix del* 18 *gennajo* 1808, *riportata nella Raccolta di giurisprudenza del Codice civile vol. XI pag.* 14, *conviene col sentimento del nostro Autore*: ,, *Considerando, essa dice, che se l' azione* ab irato *non è nominalmente conservata nel Cod. civ., il principio da cui essa discende non è stato obbliato, giacchè l' art.* 901 *ha dichiarato che per fare un testamento, bisogna esser sano di mente; che in questa materia la vera massima è che tale azione debba ammettersi con grande circospezione, e quando le circostanze gravi ed autentiche obbligano a credere che la disposizione sia dettata da una passione capace di togliere la libertà, e di alterare la ragione* ,,.

Del resto bisogna convenire col Grenier, l. c. num. 146, *che in questa circostanza si confondono tre cose che bisogna ben distinguere; 1. L' alterazione della mente del disponente, la quale fa supporre un' assenza di volontà, la di cui pruova è incontrastabilmente ammis-*

3. I minori. Però a riguardo di questi bisogna distinguere: se trattasi di disporre tra vivi, il minore non può farlo che nel contratto di matrimonio (11) in favore dell' altro conjuge, e coll' approvazione ed assistenza (12)

L' art. 901 non parla che de' difetti morali, ossia della mente. Ma *quid* riguardo ai difetti fisici o corporali, che potrebbero impedire un individuo di manifestare la sua volontà; per es. s' egli è sordo, muto, cieco? Noi parleremo più sotto dell' influenza che questi difetti possono avere sulla facoltà di testare. Quanto agli altri modi di disporre io pensò sulle prime, riguardo al cieco, che s' egli può parlare o scrivere, può far donazione tra vivi; che è la stessa cosa del muto, quand' anche fosse cieco, se tuttavia egli non è sordo, e s' egli può esprimere in un modo qualunque le sue intenzioni; che se l' individuo sia nel tempo stesso sordo e muto, egli non potrà disporre qualora non sappia leggere. (V. a tal proposito Ricard, *delle Donazioni* par. 1. n. 134 e seg.)

(11) Dunque dopo il matrimonio egli resta ne' limiti della sua capacità ordinaria. Gli si è voluto permettere di donare per facilitare il matrimonio: ma, questo fatto, il motivo non esiste più, e tutto rientra nel dritto comune. Si è anche giudicato in Parigi l' 11 dicembre 1812 che la proibizione dovea applicarsi anche alle disposizioni che il minore potrebbe fare in favore del suo conjuge (Sirey, 1813, 2. par. p. 52). Ciò non ostante Rousseaud de la Combe, verbo *Age* n.6, rapporta un arresto del Parlamento di Parigi del 26 febbrajo 1610, che dichiarò valida una donazione tra vivi fatta da un conjuge minore alla sua sposa, in una Costumanza nella quale queste sorte di donazioni non valevano che come donazioni *mortis causa* ed erano per conseguenza rivocabili. Ora, attualmente questa rivocabilità è dell' essenza delle donazioni tra marito e moglie. Si potrebbe dunque dire che in questo caso il minore veramente non se ne spoglia. Forse potrebbe ammettersi questo sistema. Ma bisognerebbe allora ridurre la facoltà disponibile del minore agli stessi termini che han luogo pel testamento, vale a dire alla metà di ciò che potrebbe disporre se fosse maggiore.

(12) Deesi concludere da questa parola, che se il minore non ha ascendenti, tutto il consiglio di famiglia, compresovi il giudice di pace, debbano assistere al contratto del matrimonio? Nò. La voce *assistenza* non è sempre sinonima di presenza; significa pure *ajuto, soccorso, consiglio*. Basterà dunque che le condizioni del contratto siano sottoposte al consiglio di famiglia, e da esso approvate.

sibile; 2. *L' animosità ed il risentimento concepito dal disponente, per effetto delle insinuazioni perfide false e calunniose ispirate da coloro che volevano profittare delle disposizioni estorte, la di cui pruova è pure ammissibile, salve le restrizioni indicate nella* captazione; 3. *I motivi di risentimento che il testatore si fosse permesso di estrinsecare, ed i quali possono averlo determinato, senza potersi dire che il testatore non era sano di mente. In tal caso la pruova non debbe ammettersi, altrimenti sarebbe lo stesso che attaccare la libertà di disporre accordata dalla legge.*

di quelli il cui assenso è prescritto per la validità del suo matrimonio (13); ma può altresì allora do-
1095 nare al conjuge tutto quello di cui potrebbe dispor-
1049 re in di lui favore se fosse maggiore (14). Quanto al testamento, può il minore (15), giunto che sia all' età di sedici anni (16), disporre soltanto della me-

---

Questa deliberazione debb' essere omologata? Io nol penso, quand' anche il contratto del matrimonio contenesse una donazione. Se gli ascendenti vivessero, basterebbe il solo di loro consenso, senza bisogno di autorizzazione; dunque *a pari*, la deliberazione del consiglio non ha bisogno di essere omologata.

(13) Se dunque non vi sono ascendenti, il consenso del tutore non sarà sufficiente, e non sarà neppure necessario.

(14) Purchè tuttavia egli sia abile a contrarre matrimonio. Bisognerà dunque ch' egli abbia l' età richiesta pel matrimonio non solo all' epoca della celebrazione, ma benanche al momento della formazione del contratto. L' art. 1398 † 1352 è formale su tal proposito; e come è allogato sotto la rubrica del *Contratto di matrimonio* è ad esso principalmente che bisogna rapportarsi in questa materia.

(15) Sia o no emancipato. La legge non distingue; e ciò che prova benanche non doversi distinguere si è, che la legge permette qui al minore di far testamento, purchè abbia sedici anni: ora il minore che non ha nè padre nè madre non può essere emancipato che a diciotto. D' altronde fa d' uopo considerare che in questa ipotesi il minore non può essere emancipato che dal consiglio di famiglia, che questo consiglio è composto dei più prossimi parenti del minore, i quali hanno per conseguenza interesse perchè non faccia testamento. Se dunque la facoltà di testare si subordinasse all' emancipazione, ne risulterebbe che il consiglio potrebbe negarsi all' emancipazione, unicamente in mira d' impedire al minore di disporre.

(16) Compiuti o cominciati? Io so che ordinariamente dicesi che *annus incoeptus pro completo habetur*; fra di tanto io credo che quest' adagio debb' applicarsi più particolarmente al caso in cui la legge si è servita dell' espressione, *dell' età di* ec. Ma quando la legge dice *pervenuto a tale età*, a me sembra che ciò indica dover l' età essere compiuta: tale almeno è la decisione della legge 48, ff. *de condit.*, *et demonst. Non putabam*, dice il giureconsulto Marcello in questa legge, *diem fideicommissi venisse cum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum cum ad annum sextum decimum pervenisset*: esso è pure il parere di Riccard, *delle Donazioni* part. 1. n. 196. Quanto alla legge 74, §. 1, ff. *ad senat. Trebell*, che sembra contenere una decisione contraria, egli è facile il vedere ch' essa è fondata su di particolari circostanze; e d' altronde vi era detto che il fedecommesso sarebbe reso, se il fiduciario moriva prima del suo ventesimo anno. Egli era morto nel ventesimo; non si poteva dir dunque che la condizione si fosse verificata. Finalmente egli è già troppo l' essersi dato nel nostro dritto ad un minore di sedici anni, anche compiuti, il dritto di disporre della metà del suo asse, senz' accordarlo ancora ad un fanciullo di quindici anni.

820 tà (17) di quanto potrebbe disporre se fosse maggiore; 904

(17) Gli si permette di donare per testamento e non tra vivi, perchè testando egli non spoglia che i suoi eredi, quando che donando tra vivi spoglia se stesso. Ma ciò non ostante, siccome non ha tutta la capacità e la forza d' intendimento necessarie per metterlo al coverto di qualunque influenza, gli si riduce il disponibile alla metà. Questa disposizione potendo presentar qualche difficoltà nell' applicarla quando vi sono eredi che han dritto alla riserva, noi andiamo ad esaminare una quistione il di cui scioglimento servirà a risolver tutte quelle dello stesso genere.

Un minore ha suo padre, ed un cugino materno per il più prossimo parente nella linea materna. Egli ha ventiquattro mila franchi di beni: quale sarà rispetto a lui il disponibile? S' egli fosse maggiore, potrebbe disporre di diciotto mila franchi a motivo della riserva del quarto stabilita in favore del padre dall' art. 915 † 831; essendo minore egli non può disporre che di nove mila franchi: ma questi nove mila franchi saranno essi ripartiti in egual porzione tra il padre ed il cugino? Io nol penso. In fatti egli è vero che ab intestato ciascuno di essi avrebbe avuti dodici mila franchi. Ma vi è questa differenza che il testatore se fosse stato maggiore avrebbe potuto disporre dell'intera porzione del suo cugino, e soltanto della metà di quella del padre. Dunque s' egli è minore, non può disporre che della metà di quella del cugino, e del quarto di quella del padre. Il disponibile sarà dunque sempre di nove mila franchi; ma li quindici mila rimanenti saran divisi, vale a dire, nove mila pel padre, e sei mila pel cugino.

Quid, se il testatore muore nell' età maggiore lasciando un testamento da lui fatto nell' età minore? Si valuterà il disponibile secondo l' età ch' egli aveva nell' atto della formazione del testamento, o secondo quella ch' egli aveva in tempo della morte?

Si può dire per un lato che il testamento non avendo effetto che al momento della morte, bisogna consultar solo questo momento per determinare la capacità di disporre nella persona del testatore; che quando vi è cangiamento di legislazione dall' epoca del testamento a quella della morte, ci riportiamo invero alle leggi vigenti all' epoca del testamento per tutto ciò ch' è relativo alle formalità; ma non si consultano che le leggi esistenti all' epoca della morte per determinare l' estensione del dritto di disporre. Sembrerebbe dunque che nella proposta specie, la disponibilità dovess' essere valutata secondo l' età che il testatore aveva in tempo della sua morte.

Ma bisogna osservare che la disposizione dell' art. 904 † 820 è fondata, come l' abbiam di già detto, sul motivo che la legge non riconosce in un minore la capacità e l' intelligenza necessaria per disporre della totalità de' suoi beni. Se dunque egli dispone in questo stato d'incapacità parziale, se ardisco esprimermi così, egli è certo che l' atto che fa debb' essere ristretto ne' limiti di questa capacità, qualunque sia l' epoca in cui debb' avere il suo effetto. Questa decisione è d' altronde conforme alla legge 19, ff. *Qui testam. fac. poss.* Si domanda in questa legge, se quando il testatore è morto padre di famiglia, possa darsi il possesso de' beni in forza di un testamento fatto in un' epoca in cui egli era figlio di famiglia o schiavo; ed il giureconsulto decide

4. La donna maritata, a meno che non sia autorizzata da suo marito, o dal giudice, (18) ov' ella però
905 disponga tra vivi (19); imperciocchè, come lo abbiamo
821 veduto al Titolo *del matrimonio*, ella può testare senza alcuna autorizzazione;

5. Tutte le donazioni d'immobili fatte (20) da un fallito dieci giorni avanti il suo fallimento, sono nul-

---

la negativa: *quia*, egli dice, *nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non hauberit.* La somiglianza è perfetta. Finalmente, noi abbiam di già avuto occasione di stabilire che per pronunciare sulla capacità del testatore, fa d'uopo considerar due epoche: quella della formazione del testamento, e quella della morte. Se in una di queste due epoche il testatore non ha il dritto di disporre, il testamento è nullo; §. 6. Instit. *Quib. mod. testam. infirm.* Dunque *a pari*, se ad una di queste due epoche non ha egli il dritto di disporre che della metà, il testamento non dee valere che per questa metà. Così giudicato in Grenoble, il 7 luglio 1811 (Sirey, 1813, 2. par. p. 4); ed in cassazione il 30 agosto 1820 (*Bullet* n. 73).

Questi principii sono applicabili in tutti i casi in cui l'incapacità esistente nell'atto del testamento sia cessata prima della morte.

(18) Almeno ch' ella non sia separata di beni, e che la donazione non consista che nel mobiliare (art. 1449 † 1413). Egli è lo stesso se sia maritata sotto la regola dotale (*a*); e che l'oggetto donato faccia parte del suo mobile parafernale (art. 1576 † 1389 e le note su di esso).

(19) Se è maritata sotto la regola della comunione, e che non sia autorizzata dal giudice, essa non può disporre che della nuda proprietà de' suoi beni personali; l'usufrutto fa parte della comunione, dunque essa non può disporne senza l'autorizzazione di suo marito. (Arg. tratto dagli art. 1426 † e 1555 † 1397 e 1368). Bisogna eccettuare intanto il caso in cui il marito fosse assente, ed in cui si trattasse di dotare i figli comuni; essa potrebbe allora disporre de' beni della comunione, coll' autorizzazione del giudice (Art. 1427 † 1398)

(20) Perchè l'art. 444 † 436 del Codice di commercio non parla che di donazioni di proprietà immobiliari? Io non ne veggo altra ragione, se non perchè sono le sole che si possano facilmente verificare; essendo le sole per la di cui validità bisogna assolutamente un atto. Le donazioni di effetti mobili sono perfette colla tradizione reale, e senza che vi sia bisogno di alcun atto. Ma io penso che se una simile donazione fosse confessata o provata, essa sarebbe egualmente nulla.

(*a*) *Ma sotto il regime dotale la interdizione di donare i suoi beni dotali è conseguenza diretta della inalienabilità della dote* (*art.* 1554 † 1367.) *Ella non ha questa capacità che ne' casi determinati negli art.* 1555 *e* 1556 † 1368, 1369, *e colle forme ivi ordinate.*

Che questa interdizione riguardi pure la moglie separata di corpo o di beni, ed anche sotto il regime dotale pe' beni parafernali, come pure se fosse maritata sotto l'antica legislazione, vien sostenuto dal Grenier l. c. num. III.

le (21) e senza effetto relativamente alla massa de' creditori (22); 444 436

6. Finalmente le Sorelle della carità, ossia le religiose ospedaliere non possono con atti tra vivi disporre de'loro beni in favore di alcuno (art. 10 del *decreto del* 18 *febbrajo* 1809; *Bullet.* n.° 4127.)

Quanto all' incapacità di ricevere (23), essa è assoluta o relativa.

---

(21) Sono nulle di dritto, e senza che siavi bisogno di provare la frode.

Quid, se l'atto si fosse stipulato prima de' dieci giorni, non si potrebbe farlo rescindere coll'azione Pauliana, conformemente all' art. 1167 † 1120 del Codice civile? Io penso che debba in questo caso ammettersi la distinzione fatta dalle romane leggi, di cui abbiam già parlato, tra le alienazioni a titolo gratuito e quelle fatte a titolo oneroso. Riguardo alle prime bastava che il debitore o donante fosse in frode. Se si trattava d'una alienazione a titolo oneroso, bisognava che che vi fosse egualmente frode dalla parte dell'acquirente: ff. tit. *Quae in fraudem credit.* L'art. 444 † 455 del Codice di commercio consacra esso stesso tale distinzione.

Quindi vi sarebbe sempre questa differenza, che la donazione fatta ne' dieci giorni, sarebbe nulla di dritto, e solo perchè fu fatta nei dieci giorni; mentre che quella che fosse stata fatta prima, non sarebbe annullata se non quando fosse provato d'essersi fatta in frode, o anche soltanto in pregiudizio de' creditori (art. 622 † 547, 788 † 705, 2225 † 2131, ec.).

(22) Vale a dire che se i creditori non ne domandano la nullità, essa non può esser domandata dal fallito, nè da' suoi eredi.

(23) *Quid*, se l'incapace instituito con testamento si trova capace nel momento della morte? Nel roman dritto la disposizione era nulla. *In extraneis heredibus*, dice la legge 49, §. 1, ff. de hered. inst. *illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio, et id duobus temporibus inspicitur; testamenti facti, ut constiterit institutio; et mortis testatoris, ut effectum habeat.* Domat pensa che presso noi una consimile instituzione sarebbe valida. Si potrebbe appoggiar questa opinione sulla stessa ragione che ha fatto decidere potere il figlio non concepito nell'atto del testamento raccogliere l'eredità s'egli è concepito nel momento della morte? Nel nostro dritto in cui tutto si tratta *ex aequo et bono*, si presumerà che la disposizione a vantaggio dell' incapace sia stata fatta sotto la condizione, se sarà capace al momento della morte (il che era permesso anche presso i Romani, quando la condizione era espressa; l. 62, ff. *de hered. inst.*): al pari che il figlio non concepito è riputato instituito sotto la condizione, *s'egli è concepito al momento della morte.* Questo è pure il sentimento di Ricard, *delle donazioni*, part. 1 num. 829 ed 830, e di Montvallon, delle *Successioni*, cap. 3, art. 3. (*a*).

(*a*) *Non per sola equità dee tal opinione adottarsi, ma per conseguenza del principio naturale che il testamento rinchiude la*

L'incapacità assoluta è quella che rende l'individuo incapace di ricevere da chicchessia. Tale è:

Nè osta quel che abbiamo noi detto nella nota 16 al tit. X. del lib. 1. Tom. 3. p. 7, che l'adozione testamentaria sarebbe nulla se fosse stata conferita prima de' cinque anni compiti dopo la tutela officiosa, quand'anche questi cinque anni fossero terminati all'istante della morte; poichè i cinque anni si esigono primieramente acciò il tutore possa conoscere se il pupillo merita effettivamente il beneficio dell'adozione: Essi rimpiazzano li sei anni di cura richiesti per l'adozione tra vivi. Dunque quando i cinque anni non sono scorsi, si considera che il tutore non abbia potuto giudicare ancora del merito del pupillo, e non aver in conseguenza la capacità morale richiesta per l'adozione. Questi cinque anni sono ancora richiesti come una garentia che l'adozione sia l'effetto d'una volontà e d'un'affezione ben determinata del tutore verso il pupillo, piuttosto che d'un capriccio o di odio contra i suoi eredi. Quando questa garentia non esiste, la legge riguarda ancora il tutore come incapace di adottare. Trattasi dunque in certo modo della capacità del disponente piuttosto che di quella dell'erede; il che rientra nel caso dell'ultimo paragrafo della precedente nota 17. pag. 24.

Perchè mai richiedesi che il testatore sia capace in ambedue le epoche, cioè quella nella quale fu fatto il testamento e quella della sua morte, mentre che, in riguardo al legatario, non si considera che l'epoca della morte? La ragione è che quando il testatore fa il suo testamento, esercita realmente un dritto, cioè quello di disporre. Ora per esercitare un dritto, bisogna averlo. Al contrario il legatario non acquista alcun dritto durante la vita del testatore, ma soltanto in tempo della sua morte. Ora, per esser capace di acquistare un dritto, basta esser capace nel momento in cui si fa l'acquisto.

Il principio secondo il quale basta che l'erede sia capace all'istante della morte, s'applicherebbe al caso in cui l'incapacità risultasse dall'influenza che la legge presume essersi esercitata sul testatore; *puta*, un minore ha instituito legatario universale il figlio del suo tutore: il tutore muore prima del testatore; il legato sarà esso valido? Io nol penso, e credo che si debba applicare a questo caso ciò che si è detto di sopra nella suddetta nota 17, in fine. In fatti l'incapacità esiste allora non solamente per parte dell'instituito, ma pur anche per parte del testatore, la di cui volontà si reputa non essere stata nel principio libera. Ora come un testamento che sia l'ef-

condizione se il testatore perseveri nella stessa volontà sino alla morte. Il testamento non ha altra forza che quella datagli da questa perseveranza, come se reiterato si fosse nell'epoca della morte, o non si fosse fatto che morendo. La capacità dunque non è necessaria che in quest'epoca. L'art. 906 † 822 su cui si appoggia il N. A. debb'essere esteso a tutte le incapacità, onde considerarsi la sola epoca della morte per la capacità de' legatarii in tutte le disposizioni pure e semplici. Il roman dritto non ha in ciò forza alcuna, e la famosa regola catoniana nell'applicazione alle disposizioni testamentarie non è fondata sulla sana ragione, come dimostra Domat. (*Veggasi pure* Toullier *l. c. n.* 90).

1. Quella dell' individuo che al momento dell' atto non era ancor conceputo, se trattasi di una donazione

---

fetto di una violenza fisica, non diverrebbe valido pel fatto solo di esser essa cessata prima della morte, del pari quello ch' è l' effetto d' una specie di violenza morale, risultante dall' influenza che le terze persone han potuto esercitare sulla volontà del testatore, non dee divenirlo di vantaggio pel fatto solo che questa influenza fosse cessata prima della sua morte.

Quid, se la disposizione è condizionale, a qual' epoca egli è necessario che il donatario sia capace? Io penso che bisogna distinguere: Se si tratta d' una donazione tra vivi, l' esistenza di una condizione diviene indifferente, e bisogna sempre che il donatario sia capace al momento della donazione, o almeno dell' accettazione, s' essa ha luogo con un atto separato (*a*). Ma se si tratta d' una disposizione testamentaria, basta che il donatario sia capace al momento che la condizione si verifica. La ragione della differenza risulta dal principio, che in generale la capacità del donatario è richiesta al momento in cui ne acquista il dritto. Ora la donazione tra vivi, anche condizionale, è perfetta col concorso delle due volontà, dall' istante dell' accettazione del donatario. A contar da questo gli è trasmesso irrevocabilmente il dritto, salvo l' avvenimento della condizione, talmente che s' egli viene a morire, prima che la condizione si verifichi, trasmette il suo dritto ai suoi eredi. (art. 1179 † 1132). Al contrario nelle disposizioni testamentarie, il legatario nulla ha sino a tanto che la condizione non sia adempiuta. Dal momento dunque di questo adempimento comincia a nascere il suo dritto, talmente che s' egli venisse a morir prima, nulla trasmetterebbe ai suoi eredi. (art. 1040 † 995). Dunque è questo il momento a conoscersi per giudicare s'egli sia o no capace di ricevere (l. 59, §. 4, ff. *de hered. inst.*).

Nondimeno io non penso che debba ciò applicarsi al figlio non concepito al momento della morte, il quale non potrebb' essere instituito, anche sotto la condizione *si postea conciperetur*. (art. 49 dell' ordinanza de' testamenti, e Boutaric su di essa). La ragione della differenza tra questo caso e quello in cui il legatario è incapace al momento della morte, ma capace in quello dell' adempimento della condizione consiste in ciò, che vi bisogna dover la disposizione avere un oggetto qualunque nel momento almeno della morte. Ora l' incapace può essere l' oggetto di una disposizione: egli ha virtualmente la facoltà di acquistare, tutto che per motivo d'una qualunque siasi inca-

(*a*) Quid, *se il donante e'l donatario fossero capaci nel tempo della donazione, ed incapaci nel tempo dell' accettazione, o viceversa? L' atto sarebbe nullo se il donante fosse incapace nell' epoca della donazione, o diventasse incapace prima dell' accettazione. Sarebbe nullo egualmente se il donatario capace nel momento della donazione non lo fosse in quello dell' accettazione; ma s' egli era incapace prima, e capace nell' epoca dell' accettazione, avendo il donante perseverato nella stessa volontà senza rivocarla, sembra che la donazione sarebbe valida, per esservi il concorso delle due volontà nell' atto dell' accettazione.* (*V.* Toullier, l. c. n.° 96).

tra' vivi, o al momento della morte del testatore, se trattasi di un testamento (24). In ambidue i casi, perchè il donatario, tuttochè concepito, sia capace di ricevere, bisogna inoltre ch' ei nasca vitale (25). Questa disposizione, come vedremo in seguito, non è applicabile alle donazioni de' beni futuri che possono aver luogo a favore de' figli nascituri dal matrimonio, nè alle disposizioni coll' obbligo di conservare e restituire nei casi ove possono esse aver luogo;

906
822

25 T. 2. Quella del morto civilmente, a meno che la disposizione non riguardi puramente gli alimenti;

3. Quella della donna maritata che non può ricevere alcuna specie di donazione senz' essere autorizzata dal marito o dal giudice (26).

217
206

---

pacità non lo possa attualmente. Questo motivo non può applicarsi al figlio che non è concepito. Il nulla non è suscettibile di alcun diritto, di alcuna capacità, ec.

(24) Si suppone qui *benigniter* che il legato è fatto sotto la condizione che il figlio fosse concepito nel momento della morte. Altrimenti il legato sarebbe nullo per la regola catoniana: *Quid, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandocumque decesserit, non valere* (l. 1, ff. *de regula caton.*) Ora questa regola non si applica ai legati condizionali (l. 4, *eod.*)

Ma in qual caso si presumerà concepito il figlio, prima della donazione o prima della morte? Quand' egli nascerà dugento novantanove giorni al più tardi dopo l' una o l' altra di queste due epoche.

(25) S' egli non è nato vitale, si reputa di non aver mai esistito. Ma come si determinerà la vitabilità? Col rapporto de' periti dell' arte. Non vi è qui alcun dato donde partire, come nell' art. 314 † 236 (*a*).

(26) E ciò sotto qualunque regola ch' ella sia maritata, e qualunque sia l' oggetto della donazione. I motivi pe' quali si richiede l' autorizzazione in questo caso sono fondati sull' interesse de' buoni costumi, che è lo stesso in qualsivoglia regola. Non conviene mai che una donna da se sola accetti una donazione il di cui motivo può essere criminoso.

(*a*) *Lasciando da banda quanto si è detto intorno a tale oggetto, i tribunali sono obbligati di prender norma dal tempo decorso dal matrimonio o da un precedente parto, dalle confessioni della madre sul cominciamento della gravidanza, e poscia dalla dichiarazione delle persone dell' arte su lo stato del fanciullo nel momento della sua nascita. Se fosse provato, che questo fanciullo non fosse al termine prescritto dalla legge, e che non avesse in se la possibilità di vivere, non dovrebbe riguardarsi come nato vitale. Codesta possibilità costituisce la vitalità. Non basta che il fanciullo abbia respirato, ma fa d' uopo ch' egli abbia compiutamente avuto il germe della vita.* Si vivus perfecte natus est, *dice la legge* 3 *al Cod.* de posthum. hered. instit. *V. Grenier l. c. num.* 100.

Riguardo allo straniero, la legge già citata nel precedente Titolo, riportata nel *Bullet.* num. 6986, ha abrogata la disposizione dell' art. 912 † 828 del Codice, secondo il quale lo straniero non poteva ricevere che nel caso in cui egli stesso avesse potuto disporre in favor d' un Francese. Presentemente a' termini dell' art. 1 di questa legge, lo straniero è interamente assomigliato al Francese quanto al dritto di disporre e di ricevere, in tutta l' estensione del regno.

L'incapacità relativa è quella che rende l' individuo incapace di ricevere da certe persone soltanto, ma che non gli toglie il dritto di ricevere da qualunque altro.

Quindi, 1. il tutore nulla può ricevere dal suo pupillo (27), neppure per testamento. Anzi nol può neppure benchè divenuto maggiore, finchè non sia stato reso e liquidato il conto definitivo della tutela (28). Se però il tutore fosse un ascendente, la proibizione non avrebbe luogo in verun caso (29). 907 823

---

(27) *Quid*, se il minore è emancipato? La proibizione debb' essere la stessa riguardo al suo curatore? Io nol penso. Il curatore non è punto contabile verso il suo minore, mentr' egli nulla amministra. Il motivo della legge non esiste dunque a di lui riguardo; e come qui si tratta di disposizione proibitiva, essa non può essere estesa. La stessa ragione si applica al surrogato tutore. (Ricard, *delle Donazioni*, par. 1. n. 676).

(28) È ciò detto per impedire che si eluda la disposizione dell' art. 472 † 395, relativo ai trattati che possono esser fatti tra il tutore e 'l suo minore. Ecco perchè basta che il conto sia appurato. Non è necessario che sia pagata la resta; si vuole soltanto che il minore prima di disporre sia interamente al fatto della sua situazione (*a*).

Il minore emancipato potrebb' egli disporre a favore del suo primo tutore? Sì, se il conto della tutela sia reso e liquido, e ciò quand' anche questo tutore avesse conservata la curatela: Abbiam già detto che i curatori non sono compresi in questa proibizione.

(29) In generale tutte le volte che può presumersi di essere stato un atto determinato da due motivi, l' uno lodevole, l' altro illecito, siccome il dolo non si presume mai, bisogna pensare che il motivo lodevole abbia determinato il disponente. Qui si suppone che la donazione sia stata fatta per i legami del sangue soltanto, e non per alcun altro particolare motivo. Ma non bisogna che il motivo il quale

(*a*) *Dice lo stesso il Grenier l. c. num.* 119; *ed aggiunge nel num.* 121 *che tal divieto non debb' estendersi ai figli o ad altri eredi del tutore, allorchè la disposizione è fatta dopo la sua morte, quantunque non avessero renduto e liquidato il conto da parte di colui che essi rappresentano.*

2. I figli naturali non possono, come il dicemmo, nulla ricevere dal loro padre o dalla loro madre che ol-
908 trepassi ed ecceda quanto è loro accordato al Titolo *delle*
824 *successioni* (30).

---

sembra lodevole sia tale che dipenda dalla volontà del disponente di farlo nascere. È perciò che noi vedremo più sotto nella nota 32 p. 33, che il legato fatto dalla moglie al suo marito, ch' era nel tempo stesso suo medico, venne dichiarato nullo, per la ragione ch' egli l' avea curata prima del suo matrimonio, durante la malattia di cui era attaccata quando contrasse matrimonio, e della quale era di poi morta.

Quid, se il tutore fosse un prossimo parente del minore, senz' essere però uno de' suoi ascendenti ? La legge non avendo eccettuati che gli ascendenti, pare che gli altri parenti debban esser compresi nella proibizione. D' altronde il decidere altrimenti sarebbe lo stesso che render quasi illusoria questa proibizione, poichè sono per lo più i prossimi parenti che sono i tutori. Quest' era pure il parere di Ricard, *delle Donazioni*, par. 1. n. 470.

(30) L' esecuzione di tal disposto ha fatto nascere una quistione che merita di essere esaminata ; ecco il caso :

Un padre avendo 48000 mila franchi di beni, un figlio legittimo ed uno naturale, dona tra vivi a quest' ultimo dodici mila franchi ; egli lega in seguito ad un estraneo venti mila franchi ; non ve ne restano dunque nella successione che sedici mila, somma insufficiente a completar la riserva dovuta al figlio legittimo. Un autore ha opinato che il figlio legittimo poteva esigere dal donatario estraneo la somma sufficiente per tal compimento, e che quindi poteva, conformemente all' art. 908 † 824, far ridurre la donazione fatta al figlio naturale a quel tanto assegnatogli dalla legge ; ma ch' egli non era tenuto ad imputar sulla sua legittima a riguardo del donatario estraneo quel che egli riceveva dal figlio naturale in seguito di questa riduzione. Quindi, secondo tal parere, il figlio legittimo dovendo avere una riserva di ventiquattro mila franchi, comincerà dal ridurre il legato fatto all' estraneo in otto mila franchi; ed in seguito siccome la donazione fatta al figlio naturale eccede egualmente di quattro mila franchi la parte che gli spetta giusta l' art. 757 † 674, questa somma aumenterà di altrettanto la parte del figlio legittimo ; in maniera che costui che non avrebbe potuto pretender altro che una riserva di ventiquattro mila franchi, se fosse stato solo, ne avrà una di ventotto mila perchè ha un fratello naturale; il che pruva già l'assurdo di questa opinione. Ma dippiù essa è contraria ai principii relativi alla riserva o legittima. In fatti è fuor di dubbio che il legittimario dee imputare nella sua legittima tutto quel ch' egli prende a titolo di erede, *jure hereditario*. Ciò è così vero, che nell' antico dritto, quando il legittimario trovato avea nelle riduzioni fatte in forza delle riserve ordinate nelle costumanze di che completar la sua legittima, egli nulla poteva domandare ai donatarii. (Ricard, parte 3. n. 1117). Ora, certamente non altrimenti che colla qualità di erede del comun padre il figlio legittimo può domandare la riduzione della donazione fatta al figlio naturale, e profittarne; poichè non vi avrebb' egli alcun dritto se avesse rinunciata l' eredità. L' imputazione dunque dee aver luogo. Quindi ecco come io penso che

3. Gli uffiziali di sanità d' ogni genere, gli speziali ed i ministri de' culti, non possono profittare in verun modo delle disposizioni che una persona da essi assistita (31) nel corso della malattia per cui sia morta, avesse

---

debbasi agire secondo i principii di sopra esposti (nota 72 dell' antecedente titolo Tom. 4 p.92). Se non vi fosse il figlio naturale spetterebbero al legittimo 24000 franchi per la sua riserva, e 'l dippiù apparterrebbe ai donatarii e legatarii. Nel caso, il figlio naturale essendo donatario tra vivi, debb' esser preferito al legatario. Dee dunque aver egli in totalità la parte assegnata dall' art. 757 † 674, o franchi otto mila; ma come questa parte è una delibazione della successione, ed è una specie di credito, essa dee diminuir d' altrettanto la massa de' beni, che si troverà con ciò ridotta a 40000 fr., de' quali appartiene la metà, o venti mila franchi, al figlio legittimo per la sua riserva. Ora questi 20000 franchi egli li trova nei 16000 di beni liberi e ne' 4000 provegnenti dalla riduzione fatta al figlio naturale: dunque il legato non dee provare alcuna riduzione.

(31) Bisogna che abbiano prestata assistenza. Da ciò io concludo che tal disposizione non sarebbe applicabile al farmacista che non avesse fatto che somministrar le droghe ordinate dai medici. Diversamente per colui che avesse vendute le droghe, e nel tempo stesso prestata assistenza.

Del pari io penso ch' essa non sì applicherebbe al medico che semplicemente fosse stato chiamato in un consulto, e che non avesse nel resto curata la malattia.

Ma basta che l' individuo abbia prestata assistenza, per esser compreso nella proibizione, quand' anche non professasse la medicina, e quando non avesse pure alcun titolo legale per osservare e curare gl' infermi, come i ciarlatani, gli empirici. Poichè se la proibizione si applica a coloro che hanno una qualità riconosciuta dalle leggi, molto maggiormente debb' estendersi a coloro che, come dice Ricard, *delle Donazioni*, sez. 1 n. 501, s' immischiano nel corso delle malattie, senz' aver altra qualità che una sfacciata impudenza ed un temerario ardimento.

Quid, a riguardo de' maestri e maestre di pensione? La Costumanza di Parigi conteneva a tal proposito una espressa disposizione. Nell' art. 276, essa metteva nella stessa linea i tutori, contutori e pedagoghi. Egli è vero che il Codice ha mantenuta la proibizione riguardo ai tutori, ed ha serbato silenzio per i pedagoghi. Non vedesi in alcun luogo quale avesse potuto essere il motivo di questa eccezione. Ma a me sembra che può richiamarsi qui il principio che dice *ubi eadem est decisionis ratio*, *ibi eadem esse debet decisio*. Ora egli è certo che, come dice Ricard, l. c. n. 481 e 482, l' influenza degl' institutori ed institutrici sullo spirito dei loro allievi, e soprattutto de' loro pensionarii, è spesso ancora maggiore di quella de' medici, ed essa è anche più da temersi, perchè i parenti stessi debbono ragionevolmente cercare ad accrescerla per facilitare l' avanzamento dei giovani. Io penserei dunque volontieri doversi comprendere nella proibizione, che per la stessa ragione io estenderò a coloro che sono addetti ad assistere ai malati.

fatto in loro favore durante quest'ultima malattia (32). Non-

(32) Quindi, perchè la disposizione sia nulla, vi bisogna il concorso di tre circostanze.

1. Che sia stata fatta nella malattia;

2. Che sia stata fatta durante la malattia di cui il donante è morto;

3. Che il donatario l'abbia assistito nel corso di questa malattia.

In mancanza d'una sola di queste circostanze, la donazione è valida.

Io penso che siasi ben fatto ad esigere il concorso di queste tre circostanze, per l'annullamento delle disposizioni testamentarie fatte a favore delle persone mentovate nell'art. 909 † 825; ma che per quel che concerne la donazione tra' vivi, sarebbe forse bastato che il donante fosse malato, e fosse stato assistito dal donatario nell'epoca della donazione, quand' anche non fosse morto di questa malattia. In fatti bisogna riflettere che le disposizioni fatte per testamento essendo rivocabili sino alla morte del testatore, se quegli che ha testato nella malattia riacquista la salute, egli può rivocarle quando siasi realmente approfittato della di lui situazione per fargli fare inconvenevoli disposizioni. S'egli non le rivoca, si penserà con ragione che la sua volontà sia stata libera, nè diretta da alcuna particolare influenza. Questo ragionamento non può applicarsi alle donazioni tra vivi che sono irrevocabili. Egli è possibile che l'infermo turbato dal timor della morte, premurato d'altronde da persone nelle quali si suppone in tale epoca un grandissimo potere sul di lui spirito, acconsenti ad una simile donazione, e che, riacquistata la salute, voglia ma inutilmente farla annullare. Si può dire intanto per giustificare la legge, che siavi dell'interesse del malato; poichè l'ufficiale di sanità donatario tra vivi, sapendo che la sua donazione sarà nulla se il malato muore, farà tutto il possibile per rendergli la salute.

Riflettete però che in qualunque epoca che la morte avvenga, la donazione è nulla se costi che la morte sia la conseguenza della malattia dalla quale il donante era attaccato nel momento della donazione.

Una donna dichiarata etica sposa il suo medico, e l'instituisce in seguito suo legatario universale: il legato sarà valido? L'affermativa sembra essersi giudicata da una decisione della corte d'appello di Lione del 18 agosto 1807, confermata da un arresto di cassazione del 30 agosto 1808 (*Giorn. della giurisp. del Cod. civ.* tom. XI, pag. 257). Questa decisione potrebb' esser fondata sul principio che noi abbiamo stabilito nella precedente nota 29 p. 30, e secondo il quale l'art. 907 † 823 dichiara validi i legati fatti all'ascendente tutore, tuttochè il di lui conto non sia stato reso nè liquidato.

Nulladimeno nel caso proposto, io sarei d'opinione per la nullità dell'atto, e stabilirei tra questo caso e quello dell'art. 907 questa differenza, che in quest' ultimo articolo il motivo dell'eccezione è interamente indipendente dalla volontà del donante. Non dipende da un individuo di avere una tale o tal altra persona per parente. Nella specie proposta, al contrario, la scelta del marito dipendeva totalmente dalla moglie del donatario, ed egli era evidente ch'essa non avea sposato il suo medico, che nell'intenzione di eludere la disposizione dell'art. 909 † 825.

dimeno essi sono capaci di disposizioni rimuneratorie (33) fatte a titolo particolare (34), e proporzionate alle facoltà del donante, non che ai servigi prestati. Essi possono ancora ricevere delle disposizioni universali in due

---

Quanto alla citata decisione, essa propriamente non decise la quistione; poichè gli eredi della moglie in luogo di domandare la nullità della donazione, si erano avvisati d'impugnare il matrimonio come simulato: il che non era a proposito, e ragionevolmente venne rigettato. D'altronde la corte di cassazione sembra di avere essa stessa consacrata la dottrina che abbiamo stabilita, coll'arresto del 13 luglio 1813 rapportato qui sotto alla nota 41 p. 36, col quale cassò una decisione di Grenoble che avea dichiarate valide le disposizioni fatte in favore della moglie del donante, ma che prima del matrimonio era vissuta con lui in un commercio adulterino dal quale era nato un figlio che avea sopravvivuto al suo padre. La corte di cassazione giudicò dunque che l'incapacità esistente al momento del matrimonio non poteva esser coverta dal matrimonio stesso.

Nota. La quistione si è presentata di poi alla corte reale di Parigi, ed essa ha giudicato *in terminis* conformemente all'opinione da noi stabilita, colla decisione del 24 febbrajo 1817 (Sirey, 1817, 2. par. p. 354); e colla decisione del 26 gennajo 1818 (*ivi*, 1818, par. 2, p. 360). Si produsse ricorso contro quest'ultima decisione, ma esso venne rigettato coll'arresto dell'11 gennajo 1820. (*Boll.* n. 23.) (*a*).

(33) La disposizione rimuneratoria è quella ch'è fatta nella mira di ricompensare il donatario de' servizii resi al donatore.

Egli è necessario che si dica nell'atto di esser essa remuneratoria? L'affermativa fu giudicata a Monpellieri il 19 maggio 1813 (Sirey, 1814, 2. par. p. 90). Io non sono di questa opinione, e penso che appartiene al giudice il decidere secondo i servizii allegati e provati, e secondo il valore della donazione paragonato alla massa della successione, s'essa debb'essere riguardata come rimuneratoria.

(34) Una donazione è *universale*, quand'essa comprende la totalità del disponibile. Essa è a *titolo universale* quando sia di una quota del disponibile, o di tutti gl'immobili, o di tutto il mobiliare, o di una quota degl'immobili o del mobiliare. Ogni altra donazione è riputata fatta a titolo particolare (art. 1010 † 964).

Del resto è difficile a comprendere il motivo pel quale si esige

(*a*) *Il Toullier, l. c. num.* 66, *è di diverso sentimento, ed alle due eccezioni ammesse dall'art.* 909 † 825 *aggiunge la terza in favore del marito medico, poggiandosi sugli art.* 1094 †, *T'. e* 202 † 201, *non che sulla indicata decisione della Cassazione franc. del* 30 *agosto* 1808. *Noi siamo col nostro autore nel caso che la moribonda sposi il suo medico, ma non generalmente proclamando nulla la donazione che la moglie facesse al suo marito medico sol perchè abbia avuto cura di lei nella sua ultima infermità, adempiendo ad un dovere che come marito e come medico lo riguardava. È un portar troppo oltre la presunzione che il medico più che il marito abbia indotta la moglie a disporre in suo favore.*

casi: nel primo, quando sono eredi in linea retta (35) del donante; nel secondo, quando il donante non ha eredi in linea retta, e ch' eglino sono suoi parenti in linea collaterale al quarto grado o ad un grado più prossimo (36).

909
825

Stabilendo queste diverse proibizioni, si è dovuto prevenire le frodi che potrebbero essere praticate per eludere la legge. In conseguenza sono dichiarate nulle tutte le disposizioni fatte a favore delle sopra indicate persone, sia che fossero state mascherate sotto la forma di un contratto a titolo oneroso (37), o sotto il nome

---

che la donazione sia fatta a titolo particolare. È ben possibile che una donazione di questo genere sia molto più considerevole che una donazione a titolo universale. A me sembra che sarebbe stato meglio determinare la proporzione nella quale la donazione debba essere alla massa de' beni, decidendo per esempio ch' essa non potesse in alcun caso eccedere il quarto, il terzo ec.

(35) Ascendentale, o discendentale; la legge non distingue: e d' altronde vi è la stessa ragione nell' uno e nell' altro caso. Ciò non ostante io penserei che gli ascendenti non dovrebbero essere eccettuati dalla proibizione, se non quando non vi fossero discendenti, o che la disposizione fosse puramente alimentaria.

(36) *Quid*, se sono affini nello stesso grado? Essi non sono compresi nell' eccezione. Gli affini non sono della famiglia (arresto della cassazione del 12 ottobre 1812; Sirey, 1813, 1. par. p. 38.) Del resto queste eccezioni sono fondate sul principio sopra stabilito nella nota 29 p. 30: è al parente e non al medico che la donazione si considera fatta.

(37) Ma spetterà al donatario di provare che vi sia veramente contratto a titolo oneroso, o alle altre parti a provare che vi sia donazione simulata? Io penso che dal momento in cui il contratto è fatto con una persona incapace, la donazione è presunta, e che dovrà in conseguenza il donatario provar l' opposto. D' altronde l' opinione contraria tenderebbe ad obbligare gli avversarj dell' incapace a provare un fatto negativo, contro l' assioma *factum negantis nulla est probatio*. In fatti se si tratta d' una vendita, come provare che il prezzo non sia stato pagato? (*a*)

(*a*) *Il signor* Toullier *anche qui è di contrario sentimento. Egli sostiene, l. c. n. 84, che coloro i quali vogliono impugnare una donazione fatta all' incapace mascherata sotto la forma di un contratto oneroso siano obbligati a provare la simulazione, poichè la presunzione è in favore dell' atto, e la proibizione di donare ad una persona non impedisce di passare con essa de' contratti commutativi, o altri atti a titolo oneroso. Egli fa riflettere nella nota a questo numero che la Corte di cassazione coll' arresto del 5 maggio 1807 giudicò nulla la vendita fatta da una persona malata al suo medico durante la malattia di cui era morta, come donazione simulata sotto le forme d una vendita, perchè una parte del prezzo consisteva in una rendita vitalizia, e vi era riservato l usufrutto.* *

di persone interposte (38).

Si reputano *de jure* (39) persone interposte, il padre, la madre (40), i figli e discendenti ed il consorte della persona incapace (41). 911 827

---

(38) Il che può aver luogo in due maniere, io posso donare un oggetto palesemente alla persona capace, per far che secretamente pervenga all' incapace: o io posso secretamente consegnarla al capace, il quale dona in seguito palesemente o secretamente all' incapace. Nei due casi la donazione è nulla se l' interposizione sia provata.

(39) Io ho aggiunto queste parole per due ragioni; primieramente perchè in questi diversi casi non vi è bisogno di provare l' interposizione. Dal momento che la donazione è fatta ad una delle persone indicate nell' articolo, essa si presume, senz' altra pruova, fatta all' incapace, e debb' essere dichiarata nulla; ed in secondo luogo, perchè l'interposizione può aver luogo a riguardo di altre persone, ma allora essa non è di dritto; fa d' uopo che sia provata. Ciò non ostante se fosse provato nel tempo stesso che la persona, quand' anche fosse dessa dichiarata per legge interposta di dritto, abbia realmente resi de' servizj al donante, e che la donazione non fosse eccessiva, potrebbe dichiararsi valida per argomento tratto dall' art. 909 † 825 (V. una decisione di Amiens del 6 fiorile anno 12, SIREY, 1813, 2. par. p. 336).

Allorchè si annulla una donazione come fatta ad una persona interposta, sono dovuti i frutti? Sì, a contare dal giorno della donazione. Non vi può esser in questo caso buona fede. (Arg. tratto dall' art. 729 † 652) salva forse la prescrizione quinquennale stabilita nell' art. 2277 † 2183.

Riflettete che acciò una donazione sia dichiarata fatta a persone interposte, e come tale annullata, bisogna che l'incapace sia vivo al momento della disposizione; poichè se foss' egli morto, è evidente che non può esservi interposizione. La persona interposta essendo dalla legge riguardata come tacitamente incaricata di far passare all' incapace l' oggetto della liberalità, questo motivo cessa interamente se costui non più esistesse. Quest' è l' avviso di RICARD, *delle Donazioni*, parte 1. n. 475.

(40) Gli altri ascendenti sarebbero esse persone interposte di dritto? Io lo credo tanto più volontieri, che tutti i discendenti dell' incapace si presumono persone interposte a suo riguardo. Ora il motivo di questa decisione si applica maggiormente agli ascendenti qualunque essi siano.

(41) *Quid*, se il figlio dell' incapace è parente del donante, abbenchè l' incapace nol sia; *puta*, se quest' ultimo ha sposata una parente del donante? Io penso che si potrebbe allora applicare per analogia la disposizione del terzo paragrafo dell' art. 909 † 825.

Il figlio naturale dell' incapace, legalmente riconosciuto, sarebbe riguardato come persona interposta? Io penso che sì: vi è la stessa ragione per deciderlo.

Una decisione di Grenoble del 15 luglio 1811 sembra aver giudicato che la madre del figlio adulterino non debba presumersi incapace (*Gior. della giur. del Cod. civile* tom. XVII, pag. 252.) Nulladimeno la stessa corte ha giudicato in gennajo 1812 che de' biglietti fatti a favore di una concubina, e che non avevano altra causa che il concubinato,

Avvi pure un' altra specie d' incapacità relativa, che ha luogo tra due conjugi, l' uno de' quali ha de' figli di un

---

erano nolli. (*Ibid.* tom. XVIII pag. 192.) (*a*)

Bisogna osservare che nella specie della prima decisione il padre e la madre del figlio adulterino si erano maritati insieme. Questa circostanza non sarebbe stata sufficiente per render valida la donazione: ma sembra che la corte si decise particolarmente, perchè il figlio adulterino non potendo succedere a sua madre, dir non si poteva che la madre fosse persona interposta. Ma il conjuge non è il successore del suo conjuge, o almeno molto raramente, nè ciò impedisce che il conjuge del-l' incapace non sia annoverato tra le persone interposte. Del pari, la disposizione che considera i discendenti come persone interposte, non è in alcun modo fondata sulla possibilità che gli ascendenti gli succedano; poichè questa sorta di successione non è frequente; essa la è molto meno che quella dei fratelli e nipoti, che pertanto non sono riputate persone interposte. L' interposizione dee giudicarsi con altri principii. Si debbono riguardare generalmente come persone interposte tutte quelle che sono congiunte all' incapace con legami abbastanza forti, perchè si possa presumere ch' essi non ricevano le donazioni che per trasmetterne il vantaggio. La voce *interposto* non ha neppure altro significato. Ora, a riguardo di chi una simile presunzione sarebbe meglio fondata che riguarda alla madre dell' incapace?

Nota Dopo la prima edizione di quest' opera la decisione di Grenoble venne cassata coll'arresto del 13 luglio 1813 (*Bullet.* della corte di cassazione n. 77). La causa venne rinviata alla corte di Lione, la quale colla sua decisione del 6 aprile 1816 pronunziò la nullità del legato universale.

Del resto, ciò che abbiam detto ci mena ad esaminare se i concubini possano farsi reciprocamente delle donazioni. Sembrerà forse strano che io metta ancora ciò in quistione, quando la giurisprudenza sembra fissata per l' affermativa; ma io ho di già molte volte provato che le autorità, ad eccezione di quella della legge, non sono per me argomenti irrefragabili. È massima che l' abuso non si prescrive, e se io dimostro che la giurisprudenza è su questo punto contraria alle leggi civili ed alla morale, crederò di aver adempito al dovere che m' impongono la mia coscienza e le funzioni delle quali sono incaricato.

Si è preteso che l' incapacità di donare o di ricevere tra le persone viventi in concubinato non esisteva più, perchè non era essa testualmente rapportata nel Codice, e che ai termini dell'art. 902 † 828

(*a*) *La stessa corte colla decisione del 7 luglio 1811* (Sirey, 1812, 2. *p. pag.* 436) *giudicò che l' art.* 911 † 827, *applicabile senza contraddizione al padre e madre del figlio* semplicemente naturale *che poteva raccogliere una parte de' beni de' loro ascendenti, non doveva estendersi alla madre del* figlio adulterino *che non poteva ricever altro che i soli alimenti. Questa troppo sottile distinzione non può eludere la presunzione legale dell' interposizione. Ma nella specie esaminata da quella corte vi erano altre circostanze abbastanza rilevanti che potettero determinarla a giudicar valida la donazione fatta dal padre alla madre di questo figlio adulterino. V. Toullier*, l. c. n. 80 nota 1.

primo matrimonio. Di ciò sarà specialmente trattato al cap. VI del presente Titolo.

---

ognuno è capace di ricevere, a meno che la legge non l'abbia dichiarato incapace. Ma, sulle prime, noi abbiamo già dimostrato in una della precedenti note, che vi erano altre cause di nullità oltre a quelle rammentate nel Codice, come la captazione, la suggestione, l'effetto dell'azione *ab irato*, ec.

Secondariamenta, il Codice esige che l'incapacità sia dichiarata dalla legge, ma non che lo sia testualmente; e se io pruovo che questa incapacità risulta necessariamente da altri articoli del Codice, e che d'altronde fa d'uopo supporre che esista, o dire che la legge sostenga disposizioni assurde ed immorali, io sarò in dritto di pretendere che questa incapacità sia sufficientemente dichiarata, e che per conseguenza l'art. 902 sia applicabile ai concubini.

Io citerò in prima l'art. 1131 † 1085 portante che ogni obbligazione poggiata su d'una causa illecita non può aver alcun effetto; e l'art. 1133 † 1087 che decide che la causa è illecita quando è contraria ai buoni costumi. Nulla di più contrario ad essi quanto il concubinato o l'adulterio. Quindi egli è certo che ogni obbligazione che ha una simile causa debba essere dichiarata nulla; ed è per questi motivi che la corte di appello di Besanzone ha colla sua decisione del 25 marzo 1808 dichiarati nulli de' biglietti sottoscritti a favore della donna colla quale il sottoscrittore viveva in cattivo commercio. (*Giorn. della giur. del Cod. civile* tom. XI pag. 284). L'interrogatorio della pretesa creditrice comprovava che questi biglietti non avevano altra causa che il concubinato, e questa dichiarazione bastò alla corte per determinarla ad annullare i biglietti, come quelli che conteneano un' obbligazione fondata su d'una causa illecita. Lo stesso venne giudicato a Grenoble, come il dicemmo, colla decisione di gennajo 1812. Se presentemente supponiamo che il segnatario de' biglietti in vece di essi si fosse costituito a titolo di donazione debitore verso di quella donna in trenta mila franchi, sarebbe bisogno, nel sistema che noi combattiamo, dichiarar valida la donazione, ed efficace l'obbligazione che ne risultava. Ora si domanda, quando si tratta di causa illecita, contraria ai buoni costumi, la decisione della quistione può essa dipendere dalla forma esteriore dell'atto che contiene la disposizione criminosa? E non sarebbe attribuire al legislatore una delle più patenti assurdità il pretendere che egli abbia permesso di contrattare sotto la forma d'una donazione un obbligo evidentemente contrario ai buoni costumi, e che sarebbe nullo se fosse stato contratto nella forma di prestito, o altro simile? Non è questo forse il caso di applicare la massima; *plus valet quod actum, quam quod scriptum intelligitur?* D'altronde, nella specie, i biglietti non han potuto essere annullati, se non perchè i giudici han pensato che le somme non furon date. essi li han dunque riguardati come contenenti una donazione; han dunque essi giudicato che una donazione fatta alla concubina dovess' essere annullata.

A questi argomenti che sembrano senza replica io aggiungerò che l'art. 911 † 827 dichiara nulle le disposizioni fatte a vantaggio d'un incapace sotto il nome di persone interposte, e che lo stesso articolo reputa di dritto persone interposte il padre e la madre dell'incapace.

Finalmente le disposizioni a favore delle chiese, degli arcivescovadi, vescovadi, capitoli, seminarj, paroc-

---

Ora gli art. 762 † 678 e 908 † 824 stabiliscono l'incapacità sia totale sia parziale dei figli nati fuori matrimonio. Supponiamo presentemente che sia nato un figlio dal concubinato: ogni disposizione universale a favore della madre sarà nulla. I partigiani del sistema che combattiamo son forzati a conveuirne. Ora pretendere, dopo ciò, che la disposizione sarebbe valida precisamente perchè non vi esistessero figli da tal commercio, ciò sarebbe non solamente un'assurdità che si apporrebbe gratuitamente al legislatore, ma benanche una delle più pericolose interpetrazioni che si possano proporre.

Se si suppone in fatti che la concubina è incapace di ricevere quand' essa abbia figli del suo commercio, e che la mancanza di essi le renda tutta la sua capacità, non si vede che ciò è lo stesso che spingerla apertamente al misfatto, portarla a distruggere i disgraziati frutti della sua colpevole unione, sia prima sia dopo la loro nascita, o almeno ad abbandonarli alla pubblica carità prendendo nel tempo stesso le precauzioni per toglier loro la cognizione del proprio stato?

Non abbiam già noi dimostrato nelle note al primo Libro, che l' incapacità de' figli naturali non ha potuto mai essere stabilita *in odium eorum*, ma bensì in odio del delitto che presedette alla di loro nascita, e per conseguenza in odio dei genitori che lo commisero? E non vedesi che se la legge pel rispetto dovuto al matrimonio ha creduto dover colpire di una totale o parziale incapacità, secondo le circostanze, i frutti d' una illegittima unione, si farebbe la più grave ingiuria al legislatore nel supporre ch' egli nel tempo stesso che punisce l' innocente frutto del delitto, abbia voluto che il complice di esso, che il vero colpevole goda in pace di tutti gli utili del libertinaggio, e di tutti i doni che una passione, bene spesso altrettanto più cieca quanto più criminosa, potrebbe strappare?

Sì, io lo ripeto, l' incapacità de' figli naturali importa di pieno dritto quella del di loro padre e madre. Se d' altronde fosse vero che il Codice serbato avesse il silenzio su quest' ultima incapacità, sarebbe ancora del dovere de' tribunali, se non per altro, per l' onore almeno del legislatore, approfittarsi del più leggiero motivo per istabilirla. Ma il legislatore si è pronunciato su questa incapacità. Noi l' abbiamo dimostrato colla combinazione degli art. 911, 1131, e 1133. Egli si è pronunciato benanche nella più formale maniera per la bocca dell'oratore del Governo, in un discorso già citato. " Le circostanze, vi dis-,, s' egli, possono esser tali, che la volontà del disponente non sia stata ,, libera, o che sia stata interamente dominata da un' ingiusta passio-,, ne. La sola saviezza de' tribunali potrà valutare questi fatti e tener ,, la bilancia tra la fede dovuta agli atti e l' interesse delle famiglie: ,, Essi impediranno che queste non siano spogliate da quelle avide per-,, sone che soggiògano i moribondi, ec.

Ora, si domanda, una disposizione eccessiva fatta in favore di colei colla quale il disponente abbia vissuto in concubinato o in adulterio, non riunisce nel più alto punto tutti i caratteri che l' oratore del governo sembra desiderare per annunciar l' esistenza d' una passione distruttiva di ogni libertà, soprattutto se il cattivo commercio sia du-

chie, congregazioni, collegj, comuni, ospedali, poveri, ed in generale di ogni stabilimento di pubblica utilità e di

rato sino alla morte? E non si direbbe che sia predisamente una tale disposizione ch' egli ha preventivamente indicato alla saviezza ed alla severità de' tribunali? " Io non posso concepire, dice Ricard, *delle* ,, *Donazioni*, par. 1. n. 412, come si proibiscono le donazioni di ,, un malato al suo medico, di un penitente al suo confessore (ed esse ,, sono egualmente proibite nel nostro dritto) a motivo dell'antorevole ,, influenza che si rincontra in essi di uno su dell' altro in conseguen- ,, za del loro impiego o del loro ministero, e che si soffrano tra un ,, concubinario e la sua concubina di cui si sa che l' influenza è molto ,, più potente dell' uno sull' altro.

Noi abbiam detto una *disposizione eccessiva*, perchè non pensiamo che l' incapacità debba estendersi sino ai modici doni proporzionati alla fortuna del disponente ed ai bisogni del donatario. Questi doni possono esser considerati come alimenti, e come tali mantenuti. Si può allora attribuire la liberalità ai sentimenti di pietà dal lato del disponente; il che distrugge l' argomento perentorio che noi abbiam tratto dagli art. 1131, e 1133.

Si è ancor detto: Pronunciare l' incapacità de' concubinarii è lo stesso che ristabilire le ricerche odiose che il legislatore ha voluto prevenire. Si vedran giornalmente degli avidi collaterali attaccar la memoria de' loro parenti per impedire l' effetto della di costoro benevolenza; e basterà che siavi diversità di sesso tra il donatore e 'l donatario, perchè si venga a domandare la nullità della disposizione (*a*).

Noi risponderemo primieramente che questo ragionamento è lo stesso quando si tratta di obbliganze, e che ciò non impedì alle corti di Besanzone e di Grenoble di pronunciar la nullità di quella che fu sottoposta al loro giudizio. (Veggansi egualmente i *considerato* di una decisione di Angers del 19 gennajo 1814 in Sirey, 1815, 1. par. p. 55).

In secondo luogo, che non sia vero, come di già lo facemmo osservare alla nota 6 del Tit. 7 vol. 2 pag. 264, che queste ricerche siano così pericolose come si vuol dare ad intendere; che ben di rado avviene, o per meglio dire, non avviene giammai che la memoria dell' uomo che sia stato sempre veramente puro sia attaccata dopo la sua morte; che la pubblica opinione difficilmente s' inganna sul conto dei morti, e che il timore del rimborso de' danni ed interessi, necessariamente considerabilissimi nel caso in cui l' accusa fosse giudicata calunniosa, è un sufficiente motivo per reprimere l' avidità de' collaterali.

Terzo, che il nostro sistema è infinitamente più morale. Ne si-

(*a*) *Lungamente e non men dottamente che il nostro Autore ha il signor Grenier esaminata la quistione se possa impugnarsi una disposizione per la imputazione del concubinato nel suo Trattato l. c. num.* 148, *e sostenendo l' opposto, l' appoggia colle decisioni di Nimes del* 29 *termid. an.* XII, *e di Torino del* 1 *giugno* 1809. *Conclude però che se da una unione illecita fosse nato un figlio naturale riconosciuto, poichè la legge non ne ammette altri, il padre e la madre di questo figlio non potrebbero farsi reciproca-*

910 associazione religiosa riconosciuta dalle leggi, non pos-
826 sono avere il loro effetto che coll'autorizzazione del Go-

sulterà in fatti che la tema di ciò che potrà avvenire dopo la morte, il pensiero che una vergognosa condotta, ma nascosta, sarà sottomessa all'esame della pubblica opinione dopo morte, o impedirà il cattivo commercio, o preverrà almeno le disposizioni eccessive che far si vorrebbero in favore dell'oggetto d'una colpevole passione; che nei due casi il pubblico costume non può che guadagnarvi; e che sotto questo rapporto, l'opinione che noi difendiamo è certamente molto meno odiosa che favorevole.

Quarto finalmente, che il legislatore ha egli stesso deciso che simili ricerche erano permesse almeno in materia penale. Noi vediamo in fatti, che l'art. 338 del Codice penale stabilisce una pena contra il complice della moglie adultera, nel medesimo tempo ch'egli determina il genere di pruova che può esser ammessa, e che in questo caso debb' essere anche più convincente, poichè non vi si tratta della perdita di qualche dono, ma di una vera accusa criminale. Il legislatore ha dunque pensato che l'adulterio poteva esser provato; ed osservate presentemente quali sarebbero le conseguenze del sistema che riguarda come abrogata qualunque incapacità risultante dal libertinaggio. Un marito intenta un'accusa d'adulterio contra sua moglie e 'l di lei complice: l'adulterio è provato, ed essi sono condannati alle pene ordinate dagli art. 337 e 338 del Codice penale. L'uno di essi muore poco tempo dopo, ed instituisce l'altro suo legatario universale, e la legge dovrà accordare ad una simile disposizione tutto il suo favore, tutta la sua protezione! Poichè, non c'inganniamo, non si tratta nella presente discussione se si ammetterà tale o tal altro genere di pruova, ma se si potrà essere ammesso soltanto ad allegare l'incapacità, e si sostiene che la nullità della donazione non può essere domandata; in una parola, che l'incapacità non esiste. Quindi, nella specie proposta, abbenchè non siavi bisogno di fare altra ricerca, nè prendere altre indagini, il legato universale non sarà meno valido, e l'adultera goderà tranquillamente della ricompensa del suo delitto! Nò, un simile sistema non è ammessibile; esso non può che aumentare la corruzione de' costumi che le leggi debbono al contrario procurar di diminuire quanto è possibile.

Che i tribunali siano molto circospetti nell' ammettere la pruova; che essi non ammettano senonchè quelle che non possono lasciar alcun dubbio morale sulla certezza del delitto; ch'essi si mostrino estremamente severi contra coloro che avessero intentata leggermente o calunniosamente una simile accusa; nulla di più naturale e di più convenevole. Ma da ciò è ben lontano e diverso lo stabilir per principio, ch'essi non debbano nè anche ammettere che si opponga una simile incapacità (a).

mente disposizioni; perchè non potendo il figlio naturale ricevere da costoro, l'uno di essi sarebbe persona interposta.

(a) *Noi parlammo nelle osservazioni al Tit. del matrimonio, vol. 2, dell'adulterio e delle corrispondenti prescrizioni penali nelle diverse legislazioni. A quelle conviene aggiungere un'altra riforma fatta all'art. 338 del Codice penale citato dall'autore. Dicesi*

verno. L' autorizzazione viene in questo caso accordata con una ordinanza del Re, resa, inteso il Consiglio di stato, e sul precedente parere del prefetto o del vescovo, secondo la diversa natura del pubblico stabilimento. Ciò non ostante se il valore degli oggetti donati, in mobili o in contante (42), non eccede la somma di 300 franchi, quest' autorizzazione viene accordata dal prefetto; in tutti i casi, se vi è peso di servizii religiosi, l' autorizzazione non è accordata che dopo la provvisoria approvazione del vescovo diocesano. (Ordinanza del 2 aprile 1817, *Bullet.* n. 1995, art. 1, 2, e 3.)

Sezione III.

Della porzione disponibile.

Il legislatore accordando ad ogni individuo il dritto di disporre de' suoi beni a titolo gratuito, non ha però dovuto permettergli l' esercizio di questo dritto in tutta la sua pienezza, ogni volta che ne risultasse lo spoglio totale di quelli ai quali questi beni sembrano in qualche modo naturalmente devoluti. D' altra parte, sarebbe stato affatto inutile il determinare la quantità sino alla cui concorrenza si potesse disporre, se non fosse stato nel medesimo tempo permesso d' impugnare le disposizioni che intaccassero la quota riservata. In conseguenza la presente sezione sarà divisa in due paragrafi, il primo de' quali tratterà della porzione disponibile, e il secondo della riduzione delle donazioni fatte in eccedenza di questa porzione.

---

(42) Per conseguenza se la donazione fosse d' un oggetto immobile, l' ordinanza del Re è sempre necessaria, qualunque siasi il valore dell' immobile donato.

in questo che le sole pruove che potranno essere ammesse contro all' imputato di complicità saranno, oltre alla flagranza del delitto, quelle che risultano da lettere o da altre carte scritte dall' imputato. *Questo è stato tolto nelle nostre leggi, per cui qualunque pruova è ammessibile contra il complice della moglie adultera punibile colla stessa pena del 2.° al terzo grado di prigionia, ma dippiù coll' ammenda da cinquanta a cinquecento ducati* (*art.* 326, *Leggi pen.*)

§. I.

Della quantità della porzione disponibile.

La porzione de' beni assegnata specialmente dalla legge agli eredi da essa indicati, e della quale è vietato disporre a loro pregiudizio, dicési *riserva* (anticamente *legittima*). (43) Questa porzione varia in ragione del numero e della qualità degli eredi lasciati dal disponente, ed anche talvolta in ragione della qualità del donatario (44).

Quando il defunto non lascia nè ascendenti nè discendenti, (45) le di lui donazioni tra vivi o disposi-

---

(43) Ma riflettete che questa riserva o legittima appartiene a coloro che han dritto di reclamarla *jure proprietatis, non crediti*. Essi la reclamano come proprietarii non come creditori ; donde risulta :

1. Che la legittima debbe in generale esser composta di fondi ereditarii, salve alcune eccezioni che indicheremo qui appresso ;

2. Che l'erede, anche puro e semplice, non può giammai esser tenuto a dar queste legittime *ultra vires hereditatis*, nè per conseguenza sui suoi proprii beni a meno che non abbia egli dissipato o lasciato perdere per sua colpa i beni ereditarii.

Giudicavasi anticamente nel parlamento di Provenza che quando un marito avea instituita sua erede la moglie, e che i figli comuni aveano presa la loro legittima sui beni del padre, se poi si presentavano per prendere la loro legittima sui beni della madre, si dovea diffalcare dalla successione di quest' ultima, i beni che avea essa raccolti dalla eredità del di loro padre (Montvallon, *Trattato delle successioni*, cap. 2, art. 4.) Il motivo di questa decisione era che gli stessi beni non doveano fornire due legittime alla stessa persona. Questa dottrina non sarabbe certamente ammessa. I beni del padre una volta confusi con que'della madre fan parte dei beni di quest'ultima. *Hereditas adita non est hereditas, sed patrimonium heredis*. Dunque quando viene a morire la madre, le legittime debbon esser prese sulla sua intera successione, qualonque siano i beni che la compougano.

(44) Noi vedremo, in fatti, che la quota della riserva è differente, se il donatario è il conjuge del defunto.

(45) Quindi niuna riserva in favore de' collaterali, ancorchè fossero fratelli o sorelle. (*a*)

(*a*) *Eravi nel progetto una riserva pe' collaterali ad oggetto di mantenere lo spirito di famiglia ; ma la sezione di legislazione del Tribunato vi si oppose, e dopo vive discussioni questa opinione fu adottata all' unanimità, e poi venne adottata dal Governo, come dimostra il processo verbale della discussione del consiglio di stato, tomo* 2 *pag.* 741. *Veggasi pure* Conference. .. *tom. IV pag.* 198 *a* 212.

zioni testamentarie possono benissimo esaurire la totalità de' suoi beni. Ma se esistono eredi in linea retta, fa d'uopo distinguere; o questi sono ascendenti, ed hanno diritto ad una riserva che è fissata alla metà de' beni (46) 916 832

(46) Per questa parola *beni* si dee intendere la intera successione o soltanto la metà de' beni a' quali gli ascendenti avrebbero avuto dritto, se non vi fosse stata alcuna disposizione? La quistione è indifferente quando non vi siano nè fratelli, nè sorelle, nè loro discendenti; in questo caso, in qualunque maniera che s' intenda quest' articolo, gli ascendenti non avranno giammai che la metà di ciò ch'essi avrebbero avuto se non vi fosse stata alcuna disposizione: ma è ben diverso quando vi siano fratelli o sorelle o discendenti da essi; poichè allora gli ascendenti, vale a dire il padre e la madre (gli altri ascendenti sono in questo caso esclusi, art. 750 † 672) non avendo dritto *ab intestato* che alla metà de' beni, o al quarto se uno di essi è morto; egli è importante il decidere se la riserva debba essere in questo caso della totalità o soltanto della metà di questa porzione. Io confesso che penderei per quest'ultima opinione per le seguenti ragioni:

1. Essa mi sembra conforme all'idea che dà la parola *riserva*, che sembra supporre una parte minore del tutto, non meno che alla definizione che le antiche leggi davano della legittima, ch'è la stessa cosa della riserva, e ch'era definita, *pars portionis ab intestato contingentis* (l. 8, §. 6, ff. *de inoff. testam.*). Or la parte più grande del tutto è la metà.

2. Gli ascendenti sono certamente molto meno favoriti che i discendenti, poichè sono da essi esclusi. Ora giammai la riserva de' discendenti non è uguale alla loro porzione ereditaria *ab intestato*.

Io so bene che oltre al testo dell' art. 915 † 831, mi si opporrà ancora l' art. 61 dell' ordinanza del 1735 riguardante i testamenti. Quest' articolo fissava la legittima degli ascendenti in tutti i casi, e per i luoghi in cui essa era dovuta, al terzo della successione; ed ecco la singolarità che risultava da tale disposizione. Se il defunto era morto *ab intestato*, lasciando un padre e quattro fratelli, ai termini della novella 118, cap. 2, il padre concorreva coi fratelli per una porzione virile. Non avea egli dunque che il quinto della successione. Supponiamo ora nella stessa specie, che il defunto avesse fatto un testamento nel quale avesse istituito suo padre erede per una modica somma e donato il dippiù de' suoi beni ad un estraneo. Il padre domandava la sua legittima: egli avea allora a' termini dell'ordinanza il terzo di tutti i beni, nell' atto che se non vi fosse stato testamento, egli non avrebbe avuto che il quinto.

Ma io risponderò sulle prime che questa disposizione, come dice l' annotatore di Ricard, sia una di quelle bizzarrie che aveano bisogno di tutto il peso dell' autorità del legislatore per essere rispettate, e che per conseguenza sarebbe difficile trarvi argomento per una novella legislazione; che il cancelliere d' Aguesseau avea procurato generalmente nel redigere le sue ordinanze di non urtare le opinioni di diverse provincie; che l' articolo citato non regola la legittima degli ascendenti se non pe' luoghi ne' quali era loro essa dovuta; ch'essi non ne avevano nei

se ve ne sono in ambe le linee, ed al quarto se non ve n'abbia che in una sola linea, e ne' due casi qualunque ne sia il numero. Cotesta riserva viene da essi raccolta nell'ordine con cui sono chiamati a succedere *ab intestato* (47), ed appartiene loro esclusivamente in tutti i casi nei quali una divisione in concorso di colla-

---

paesi regolati da costumanze, e che ne' paesi regolati dal dritto comune essa era, nell'epoca in cui l' ordinanza comparve, fissata al terzo de' beni. Si giudicava così nei parlamenti di Bordò, Grenoble, Provenza e Borgogna, ed anche in alcuni casi nel parlamento di Parigi e di Tolosa. Quest' era dunque presso a poco il sentimento generale che il signor d' Aguesseau, forse un poco timido come legislatore, non avea voluto urtare.

Io aggiungerò che risulta dalla discussione del Consiglio di Stato, e specialmente da quella ch' ebbe luogo nel Tribunato, che siasi inteso della metà della porzione ereditaria; che l'oratore del Consiglio di stato, presentando la legge al Corpo legislativo, annunciò formalmente la stessa opinione, dicendo: „ Che la riserva degli ascen- „ denti non può giammai estendersi sulla porzione alla quale essi non „ avrebbero alcun dritto per successione „. Donde segue che quando vi siano fratelli e sorelle concorrenti alla successione, gli ascendenti che non siano il padre e la madre, essendo esclusi da questi, non hanno a pretendere riserva; che nello stesso caso il padre e la madre non possono esercitare il loro dritto di riserva che sulla porziune alla quale essi han dritto per successione, vale a dire sulla metà s'essi siano tutti e due viventi, o sul quarto se sia vivo un solo; che la voce *riserva* escludendo necessariamente, come l'abbiam già detto, ogni idea della totalità, sembra più naturale il pensare che questa riserva non possa esser giammai che una porzione della quota ereditaria, e non della massa totale (*a*).

Questi sono i motivi che mi han fatto esitare nell' ammettere la interpretazione che si dà comunemente all'art. 915.

(47) Ciò vuol dire due cose: la prima ch' essi non hanno dritto ad una riserva se non quando han dritto di succedere *ab intestato*; se dunque vi sono, come l'abbiam già fatto osservare, de' fratelli, gli ascendenti diversi dal padre e dalla madre sono esclusi; e la seconda,

(*a*) *Le nostre nuove* Leggi civili *hanno adottata chiaramente l'opinione del N. A. nell'art.* 831, *come faremo rilevare nelle nostre Osservazioni*, *cap.* 3, *sez.* 3.

Ma non perciò bisogna dire che tale fosse l'interpretazione da darsi all' art. francese. Grenier *ha risposto analogamente al signor* Levasseur, *che sostenne egualmente per le parole* la metà de' beni *dover intendersi la metà de' beni che l'ascendente il quale ha dritto alla riserva avrebbe raccolto a titolo ereditario, e non la metà dei beni del disponente. Il* Toullier *chiama pure questa opinione*, insostenibile. *L'art.* 915, *dic' egli*, *è una conseguenza dell' art.* 913 *che parla espressamente di tutti i beni del disponente* (*L. cit. alla nota* 1, *al num.* 116).

terali non desse loro la quota parte de' beni che la legge 915 riserva (48). 831

che questa riserva è raccolta da essi, come lo sarebbe una successione *ab intestato*, vale a dire, che il più prossimo esclude il più lontano in ciascuna linea.

Segue da ciò che l'art. 915 † 831 combinato col 750 † 672, presenterà sempre una singolarità che colpisce, quale è quella di vedere da un lato che l'art. 915 accorda una riserva agli ascendenti ancorchè diversi dal padre e dalla madre, e che l'art. 916 † 832 ricusa ogni riserva ai fratelli e sorelle, i quali pertanto a' termini dell'art. 750 escludono gli ascendenti al di là del primo grado. Quindi nel Titolo *delle successioni* i fratelli e sorelle sono preferiti agli ascendenti; e nel Titolo *delle donazioni*, gli ascendenti sono preferiti, poichè essi hanno un dritto di riserva negato ai fratelli e sorelle, in modo che se la successione sia devoluta *ab intestato*, l'avolo non ha cos'alcuna a pretendervi quando vi sono fratelli o sorelle; ma se vi ha un legatario universale, i fratelli e sorelle non hanno nè anche il dritto di concorrere alla successione, e l'ascendente che sarebbe stato escluso da essi, se non vi fosse stato un testamento, verrà a prendere una riserva sul legato universale.

Tali sono i risultamenti di questi differenti articoli. Ma come son essi troppo chiari, e senz'alcuna specie di ambiguità, bisogna seguirne le disposizioni tali quali sono, senz'affannarsi a conciliarle (a).

(48) Ciò è relativo al caso in cui restasse nella successione più di quel che bisogna per completar la riserva; ma nel quale questa resta, divisa secondo le regole ordinarie, non desse agli ascendenti una parte uguale all'ammontare della loro riserva. La legge vuole che in questo caso sia una tale riserva completata sulla parte degli altri eredi. *Esempio*:

Pietro muore, lasciando cento mila franchi di beni, e per eredi un avo paterno, e dei cugini germani materni. Egli ha disposto con testamento di sessanta mila franchi. La riserva dell'avolo debb'essere del quarto de' beni, ossia di venticinque mila franchi. Se i quaranta mila de' quali il testatore non ha disposto fossero divisi come si è detto nel precedente Titolo, l'ascendente ne avrebbe la metà, vale a dire venti mila franchi, e 'l dippiù sarebbe devoluto ai parenti materni. Ma siccome allora la riserva dell'ascendente non sarebbe completa, egli prenderà ciò che manca sulla parte de' parenti materni, la quale perciò si troverà ridotta a quindici mila franchi.

(a) Toullier (*l. cit. n.° 114*) *dice che l'art.* 915 † 831 *potrebb'esser più chiaro se fosse concepito negativamente così „ I beni „ per tal modo riservati a vantaggio degli ascendenti non perver- „ ranno loro che coll'ordine in cui la legge li chiama a succedere „. Ma senza rispondere alle inconseguenze che indica il nostro Autore, (ch'egli questa volta cita nella nota) conclude che le disposizioni del Codice sono sagge e coerenti.* Regola generale. *Tutti gli ascendenti han dritto ad una riserva.* Limitazione; *purchè siano essi chiamati a succedere: poichè la riserva è una porzione dell'eredità, che essi non possono raccogliere se non* nell'ordine in cui la legge li chiama a succedere.

In quanto alla riserva dei figli o discendenti, essa varia in proporzione del loro numero.

913 829 Quindi per un figlio legittimo essa è della metà dei beni; per due, de' due terzi; per tre o un maggior numero, de' tre quarti (49); osservando però che i di-

(49) I figli che rinunziano fanno essi numero per calcolare la legittima? Anticamente distinguevasi:

Se il figlio avea rinunciato semplicemente e gratuitamente, non si contava.

Se rinunziava per serbare la donazione ricevuta, egli faceva numero, e la sua parte della legittima si accresceva ai donatarii ed ai legatarii. (Ricard, *delle Donazioni*, par. 3, cap. 8, sez. 7; Lebrun, *delle Successioni*, lib. 2 cap. 3, sez. 6. *V.* pure la legge 8, §. 8, ff. *de inoff. testam.*) ,, Ciò è fondato, dice Ricard, n. 1064, sul ,, motivo che il padre non essendo tenuto della legittima verso i suoi ,, figli che in proporzione del numero che ne ha, l'azione che i figli ,, hanno per tale oggetto dee seguire la stessa regola, e dee cessare ,, dal momento ch' essi prendono dai beni del padre la porzione che ,, la natura ad essi destina, avuto riguardo al di loro numero; non ,, avendo dritto di prevalersene se gli altri non dimandano la loro ,, parte nella legittima, atteso che ciascuno ha il suo dritto per questo ,, riguardo, e basta che il padre abbia soddisfatti gli altri, e li abbia ,, provveduti in modo che ne siano contenti, e colui che domanda la ,, sua legittima debb' essere anche contento, purch' egli abbia la sua ,, porzione, avuto riguardo agli altri suoi fratelli e sorelle che la na- ,, tura ha considerati egualmente che lui, e che hanno la loro parte ,, dei beni del di loro padre.

La stessa decisione si applicava nel caso in cui uno de' legittimarii avesse rinunziato anche gratuitamente, ma in favore di uno de' coeredi. Egli contava per la legittima, e la sua porzione apparteneva a colui in favore del quale aveva egli rinunziato.

Io non veggo nulla nel dritto attuale che si opponga all' esecuzione anche oggidì di queste differenti decisioni già per loro stesse molto eque, applicandole alle disposizioni relative alla valutazione della legittima.

Supponiamo dunque un padre che lascia tre figli, un legatario universale, ed una successione del valore di trenta mila franchi. Uno de' figli rinunzia gratuitamente: in questo caso la riserva sarà di due terzi, e ciascuno degli altri figli avrà dieci mila franchi. Se vi sono quattro figli, la rinunzia di uno di essi diventa una circostanza indifferente pel legatario, poichè la riserva è la stessa, sia che vi siano tre figli, sia un numero maggiore.

Se vi sono tre figli, e che uno di essi rinunzia per conservare i vantaggi che ha ricevuti tra vivi, e che noi supponiamo di diciotto mila franchi, ne risulterà una massa di quarantotto mila franchi, vale a dire trenta mila esistenti all' epoca della morte e diciottomila donati. Il figlio rinunciante dovendo esser computato, la riserva è di tre quarti, o di trentasei mila franchi, lo che produce dodici mila franchi per ciascun figlio. I due figli che vengono alla successione prenderanno dun-

que venti quattro mila franchi sui beni lasciati alla morte, e li rimanenti sei mila franchi comporranno il legato universale.

Se la donazione fatta al figlio fosse di ventiquattro mila franchi, ed il numero de' figli sei, allora la massa de' beni esistenti riuniti a quelli donati essendo di cinquantaquattro mila franchi, la riserva, o i tre quarti importano quaranta mila e cinquecento franchi, di cui spettano ai cinque figli accettanti cinque sesti, o 33750 franchi e come noi supponiamo che i beni lasciati in morte non montino che a trenta mila, egli è evidente che il legato universale è nullo, e che la donazione fatta al figlio dee soffrire una riduzione di 3750 franchi. Gli resteranno dunque 20250 fr. de' quali 13500 per la porzione disponibile e 6750 franchi per la sua parte nella riserva; il che è conforme alle disposizioni degli art. 845 e 924 † 764 e 841.

Quid, se la donazione fatta al figlio rinunziante fosse a titolo di prelegato? Nella mia prima edizione, avea su tal riguardo fatta una distinzione, pensando che una simile donazione doveva essere imputata sul disponibile riguardo ai donatarii posteriori, ed ai legatarii, ma non riguardo ai donatarii anteriori, che essendo di già in possesso del disponibile, non potevano esserne spogliati da una posteriore disposizione del donante.

Esaminando più profondamente la quistione, io mi sono convinto che non vi era alcuna distinzione a farsi, e che in ogni caso una simile donazione doveva essere imputata in prima sulla legittima. Io mi fondo sul motivo che non può esservi prelegato, come la voce stessa l' indica, che tra i condividenti; *praecipere*, prendere prima della divisione: la clausola del prelegato non può dunque aver effetto che nel caso in cui il donatario, in di cui favore è stipulata, concorrerà alla successione del donante con altri coeredi. Se dunqu'egli rinuncia, questa clausola dee riguardarsi come non avvenuta; e le cose restano sotto l' impero del dritto comune, secondo il quale ogni donazione fatta ad un legittimario s' intende fatta in prima coll' imputazione sulla sua legittima. Un esempio d' altronde dimostrerà che la distinzione di cui si tratta, avrebbe de' risultamenti inammessibili e contrarii ai principii del dritto.

Supponiamo in fatti un padre che abbia 60000 franchi di beni e quattro figli: egli dona ad uno di essi 25000 fr. in prelegato; e fa un'altra donazione particolare montante a 10000 franchi. Se la distinzione suddetta avesse luogo, ne risulterebbe che nel caso proposto, il disponibile (15000 franchi) trovandosi assorbito, anche al di là, per la donazione fatta al figlio, la donazione posteriore dovrebb' essere ridotta a zero; il che, come vedremo, sarebbe contrario al principio che le donazioni non possono esser ridotte se non per fornire la legittima, e soltanto sino a concorrenza di ciò che è necessario per completarla. Poichè nell' ipotesi la riserva è di 45000 franchi, il figlio rinunziante dovendo far numero, secondo che abbiam precedentemente detto, la parte di ciascuno nella riserva è di 11250 fr.; dunque per fornire la legittima ai tre figli che nulla han ricevuto, non vi bisognano che 33750 franchi: ma diffalcando l' ammontar delle due donazioni,

che per quel figlio in primo grado da cui essi discen-

---

restano nella successione 25000 franchi ; dunque il donatario posteriore non avrà da dare che 8750 franchi per completar le legittime , e gli resteranno 1250 franchi ; il che pruova che il disponibile non era stato esaurito , e che per conseguenza la clausola del prelegato non dee aver l' effetto che io gli avea allora attribuito.

L' indegno conta egli per la porzione disponibile ? No. Egli debb'essere assimilato a colui che ha gratuitamente rinunziato. Egli è lo stesso di colui la di cui esistenza non fosse riconosciuta nell' epoca dell' apertura della successione , salvo , s' egli ritorna , a farsi un nuovo regolamento per la valutazione della legittima.

Alcuni autori aveano immaginato un diverso sistema. Essi pretendevano che tutti i figli esistenti doveano computarsi per fissare la legittima ; che questa legittima così calcolata formava la massa ereditaria della successione *ab intestato* , la quale apparteneva a tutti gli eredi , vale a dire ai legittimarii in massa , e che in conseguenza la parte degl' indegni , o dei rinuncianti , doveva in tutti i casi appartenere agli accettanti , secondo l' art. 786 † 703 , e per dritto di accrescimento. Essi si fondavano sopra queste espressioni dell' art. 913 † 829 : *le liberalità non possono oltrepassare ec.* , *se il disponente non lascia che un figlio legittimo* , senz'aggiungere *che concorre alla successione* (a). Dunque , dicevan essi , non si dee considerare che il numero de' figli esistenti all' epoca della morte , senza imbarazzarsi s'essi concorrono o no alla successione. Ma sulle prime è massima che l' erede il quale non viene alla successione è riputato morto quanto alla soccessione , salvo che riempie il suo grado , ciò che non fa il predefunto. Noi abbiamo d' altronde dimostrato che in molte circostanze il Codice si serve di queste parole *lascia ec.* , nel senso di *lascia per eredi concorrenti alla successione* (art. 757 758 † 674). Si pretenderà , per esempio, che il figlio naturale non dee avere la totalità de' beni , allorchè il defunto lascia un parente in grado successibile che non viene alla successione ? A chi mai in questo caso apparterrebbe l' eccedente ? Risulterebbe infine da questo sistema che la riserva potrebb' esser domandata dai collaterali. Poichè se si suppone un padre che abbia un figlio rinunciante o indegno, egli non avrà mai potuto disporre che della metà de' suoi beni : in fatti se i partigiani di tal sistema argomentano dall' art. 786 † 703 per dare agli accettanti la parte del rinunciante, per dritto di accrescimento, i collaterali prenderanno argomento dallo stesso articolo, quando il rinunciante sarà solo nel suo grado, per sostenere che la di lui parte debba ad essi appartenere.

Concludiamo dunque con Ricard e Lebrun, ed uniformemente alla legge 8. §. 8 , ff. *de inoff. test.* , che la legittima non è dovuta in massa a tutti i legittimarii , ma a ciascuno di essi per la sua parte , e

(a) *Levasseur nella definizione che dà della riserva, parlando de' discendenti e degli ascendenti del defunto, aggiunse le parole* concorrendo alla successione : *ma il Grenier, l. c. n. 556, si astiene da questa addizione , perchè può in taluni casi (come in seguito fa vedere) aversi un dritto di riserva , senz' essere erede , ossia senza concorrere alla successione.*

dono (50).

La riserva varia altresì, allorchè le disposizioni sono in favore del consorte del donante. In questo caso la riserva degli ascendenti è limitata alla nuda proprietà so-

---

che colui il quale ha tutto ciò che gli può appartenere per la legittima, non può impugnare nè far ridurre le liberalità disposte.

Nota. Io chiamo *legittimario*, *brevitatis causa*, colui al quale la legge assicura una riserva o legittima.

(50) L' articolo dice, ch' *essi rappresentano*: donde si è voluto concludere che quando i nipoti non vengono per rappresentazione alla successione del loro avolo, ciò che ha luogo quando il di loro padre era figlio unico, allora essi debbono esser contati per teste onde valutar la legittima; in modo che, secondo questa opinione, colui che avendo un figlio unico, e tre nipoti da questo figlio, poteva disporre della metà de' suoi beni, non ne possa più disporre che d' un quarto se il suo figlio muore. Questo esempio può già dare una idea della singolarità di questo sistema; un secondo la renderà ancora più evidente.

Un uomo ha due figli, uno de' quali ha cinque figli, e l' altro sei. Se si suppone che questi tredici figli e i nipoti vivono ancora all' epoca della sua morte, egli ha potuto disporre del terzo de' suoi beni. È lo stesso se i suoi due figli sono morti, e che gli undici figli di costoro siano viventi, poichè vengono allora col mezzo della rappresentazione. Ma se si suppone che dopo la morte de' due figli, siano morti pure i cinque figli dell' uno, egualmente che tre figli dell' altro; allora come i tre rimanenti sono dello stesso padre, essi vengono in proprio nome, e la riserva si trova portata a tre quarti; in modo che questa riserva la quale dee naturalmente aumentare o diminuire in ragione diretta del numero dei figli, si trova aumentare in ragione inversa di questo stesso numero. Tali sono i motivi che mi hanno determinato a redigere la disposizione nel modo espresso, e ad intendere le parole *che essi rappresentano* nel senso che io qui le ho dato. Quest' opinione d' altronde si accorda con quel che disse l' oratore del governo allorchè presentò il Titolo *delle successioni*, che la legge debb' esser tale da non potere i figli nè perdere nè guadagnare alla morte del di loro padre. Inoltre, l' opinione contraria potrebbe dar luogo alla frode. Un figlio unico che avesse tre figli rinunzierebbe alla successione di suo padre ad oggetto di portare a tre quarti la riserva che non sarebbe stata che della metà, se foss' egli succeduto.

Sembra che anticamente si pensava in contrario ne' paesi regolati dal dritto comune (Serres, sulle Inst. lib. II, tit. 18); ma quest' era una pura sottigliezza: e questa opinione con ragione biasimata da Lebrun, *delle successioni* lib. II. cap. 3, n. 4, non era nemmeno su questo punto invariabile, poichè nel parlamento di Tolosa si giudicava che nel caso dell' editto *delle seconde nozze*, che pertanto era più favorevole, i tre nipoti *ex unico filio* non doveano computarsi che per una sola testa (*a*).

(*a*) *Levasseur, nel suo Trattato* Porzione disponibile, *ha fatto risorgere questa quistione, ma Grenier lo confuta perfettamente in tutti i suoi ragionamenti, l. c. num.* 558.

lamente della parte che la compone negli altri casi (51); quella de' discendenti, qualunque sia il loro numero (52), è della metà de' beni in tutta proprietà, e del quarto in nuda proprietà soltanto (53); senza pregiudizio del dritto che compete al donante di disporre in favore di qualunque altra persona fuorchè del suo conjuge, del soprappiù della quota disponibile ordinaria, nel caso in cui essa si trovasse eccedere la porzione della quale gli

1094 T. 1.

---

(51) Egli è molto sorprendente che siasi in questo caso ridotta la riserva degli ascendenti ad una nuda proprietà, il di cui usufrutto appartiene ad una persona che deve naturalmente essere, e che sarà bene spesso molto più giovane.

(52) Purchè non siano di un precedente matrimonio; poichè allora la donazione non potrebb'essere che della quota del figlio legittimo che prenderà il meno, nè in alcun caso eccedere il quarto dei beni (art. 1098 † 1052).

(53) L'articolo dice *un quarto in proprietà*, *ed un quarto in usufrutto*, *o la metà in usufrutto*. Queste ultime parole sembrano molto inutili; poichè chi può donare il più, può donare il meno. Ora vi è più nel quarto in proprietà e 'l quarto in usufrutto, che nella metà dell' usufrutto; ciò non ostante può dirsi che queste parole sono state aggiunte nella previdenza del caso in cui il conjuge donatario essendo avanzato in età, si sarebbe potuto pretendere che la donazione di tre quarti in usufrutto, per esempio, non eccedesse quella del quarto in proprietà e del quarto in usufrutto; e non si è voluto che la donazione, anche semplicemente in usufrutto, eccedesse mai la metà della successione, qualunque fosse d' altronde l' età del conjuge donatario. Del resto quest' addizione può dar luogo ad una difficoltà. Se il defunto avesse lasciato al suo conjuge tutto quello che gli è permesso di disporre in suo favore, che cosa sarebbe dovuta al legatario? Sarebbe il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto, o la metà nel solo usufrutto? Si può dire per quest' ultimo partito, ch' essendo questa una obbligazione alternativa, spetta agli eredi, come debitori, la scelta. Pertanto io confesso che mi sembra difficile l' applicar qui tal principio. Quando il testatore dona tutto ciò che gli è permesso di disporre, sembra ch' egli spieghi bastantemente l' intenzione di andar tanto al di là, quanto la legge gli permette di andare, e per conseguenza di donare il *maximum* del disponibile. Ora, nella specie il *maximum* è certamente il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto. D' altronde, in una obbligazione deesi presumere che il debitore abbia inteso d' impegnarsi il meno possibile, ma non è lo stesso nei testamenti; *plenius interpretandae sunt defunctorum voluntates*. Finalmente rilevasi dall' art. 1096 † 1050, che la donazione fatta da un conjuge all' altro, non è rivocata per la sopravvegnenza de' figli; lo che non può esser fondato se non nel presumersi di aver potuto il donante preferire il conjuge ai suoi figli; e molto più a tutti gli altri eredi. Dunque nel caso proposto la donazione debb' esser portata al *maximum* previsto dall' art. 1094 † T.

è permesso disporre in favore del proprio consorte (54);

(54) Questo caso è quello in cui il donante non avesse che un solo figlio: la quota disponibile è allora della metà de' beni in tutta proprietà; ed intanto egli non può donare al conjuge che un quarto in tutta proprietà ed un quarto in usufrutto; gli resta dunque un quarto in nuda proprietà, di cui può egli disporre a favore d'un estraneo. Il motivo di questa disposizione che può sembrare strana a prima vista è stato che si è creduto che un padre s'indurrebbe più difficilmente a spogliare i suoi figli a favor di un estraneo che a favor di sua moglie. Ora, come dice Vinnio, *Instit.* lib. 2. tit. 8, *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat.*

Quid, se la donazione fatta al conjuge concorre colle disposizioni fatte a favor d'un estraneo? La quistione presenta altrettanta maggiore difficoltà, in quanto ch'essa può complicarsi di vantaggio.

Sulle prime io penso che non vi possa esser dubbio nel decidere per principio che la disponibilità stabilita dall'art. 1094 † T, non possa concorrere con quella stabilita dall'art. 913 † 829, nel senso, per esempio, che colui che ha un figlio, e che ha disposto della metà del suo asse in favor d'un estraneo, possa benanche donare al suo conjuge il quarto in proprietà e l'altro quarto in usufrutto, talmente che non restasse al figlio per ogni suo dritto alla legittima che un quarto nella sola nuda proprietà. Questo sistema non mi sembra nè anche suscettibile d'una seria confutazione; come fu giudicato in cassazione il 21 luglio 1813 (Sirey, 1813, 1. par. p. 441). Io penso dunque che le donazioni debban essere allora ridotte secondo la più estesa disponibilità, però riguardo a ciascun donatario, secondo la porzione disponibile stabilita per ciascuno di essi.

Noi diciamo, *secondo la porzione disponibile stabilita per ciascuno di essi*; poichè può accadere che il donante non abbia esaurito il suo maggiore disponibile, e che ciò non ostante vi sia luogo a riduzione, s'egli ha donato al conjuge o all'estraneo più di quello che poteva donar loro a ciascuno in particolare. Caso:

Un uomo che ha tre figli o più, dona ad un estraneo cinque sedicesimi del suo asse, di cui quattro sedicesimi in proprietà, ed uno in usufrutto, ed al suo conjuge due sedicesimi in usufrutto soltanto. Certamente egli non ha esaurito tutto il suo maggior disponibile, poichè poteva donare al conjuge un quarto in proprietà, ed un quarto in usufrutto; e che nel fatto egli non ha donato in tutto che un quarto in proprietà, e tre sedicesimi in usufrutto. Ciò non ostante, come nella specie il disponibile riguardo all'estraneo non poteva eccedere un quarto, la donazione che gli è stata fatta sarà ridotta a questa quota.

Presentemente, supponiamo che abbia egli un suo figlio, e doni al conjuge tre ottavi in proprietà, ed un ottavo soltanto all'estraneo: non ha egli ecceduto il suo disponibile, poichè poteva disporre della metà del suo asse in favore dell'estraneo; ma pertanto, come il disponibile riguardo al conjuge non può eccedere il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto, la donazione fattagli sarà ridotta nel senso ch'egli non potrà reclamare che l'usufrutto dell'ottavo che gli è stato donato al di là del quarto in proprietà.

Ciò posto, percorriamo i differenti casi ne' quali può aver luogo

e 2. delle disposizioni contenute nell' art. 1098 † 1052, relativamente alle seconde nozze, e di cui si tratterà nella fine di questo Titolo.

---

il concorso delle disposizioni fatte a favore del conjuge con quelle che fossero fatte in favore d' un estraneo.

Se la donazione fatta all' estraneo è anteriore, e dippiù irrevocabile, *puta* s' ella è fatta tra vivi o per contratto di matrimonio, non v' è dubbio che debba essere eseguita in preferenza a quella del conjoge, però colle seguenti distinzioni.

Se il defunto ha lasciato tre figli e più, siccome allora il disponibile riguardo all' estraneo è fissato al solo quarto, e che lo stesso disponibile riguardo al conjuge comprende il quarto in proprietà e 'l quarto in usufrutto, così è certo che la donazione fatta all' estraneo non ha potuto abbracciare il quarto in usufrutto di cui può allora il donante disporre a favore del suo conjuge.

Se il defunto ha lasciato due figli, come allora il disponibile in favor dell' estraneo è di due terzi = 1/4 † 1/12 in proprietà, egli è certo che pel quarto in proprietà, ch' è comune ai due disponibili, l' estraneo debb' essere preferito. Ma rapporto al dippiù si presentano due modi per risolvere la quistione: il primo consiste a calcolare, secondo l' età del conjoge, se il quarto in usufrutto è minore, uguale, o maggiore della dodicesima donata all' estraneo al di là del quarto in proprietà. S' esso è uguale o minore, nulla vi rimane di disponibile a favore del conjuge; s' esso è maggiore, potrà disporre di tal differenza in di lui favore.

Il secondo modo di agire sarebbe di dare al conjuge in solo usufrutto tutto ciò di cui la disposizione fatta a favor dell' estraneo è minore della metà de' beni, vale a dire, nella specie proposta, un sesto. Quest' ultima maniera mi sembra preferibile. Vi è il vantaggio di far scomparire que' calcoli approssimativi sulla probabilità della vita, che la legge ha voluto evitar per quanto fosse possibile (art. 917 † 833). Non vi è, per così dire, pregiudizio pei figli, poichè essi hanno sempre la proprietà della porzione devoluta al conjuge, e 'l di cui usufrutto dee un giorno estinguersi alla sua morte. Non sembra, in fine, contraria alle disposizioni della legge, poichè il conjuge può dire: sino a che la metà della successione non sia esaurita io ho dritto all' usufrutto della differenza; per verità se la disposizione totale fosse in mio favore, io non potrei reclamare in tutta proprietà che un quarto, mentre che l' estraneo può chiedere il terzo; ma questa considerazione mi è assolutamente straniera. D' altronde la legge stessa ha stabilita una differenza tra il disponibile in favore del conjuge, e quello in favore dell' estraneo; differenza che non può nuocere al dritto che io ho di profittare, almeno nell' usufrutto, di tutte le disposizioni fatte a mio vantaggio, e che non eccedono la metà della successione.

Se il defunto non ha lasciato che un figlio, e ch' egli abbia donato il disponibile all' estraneo, come il disponibile è la metà in tutta proprietà, eccedente per conseguenza il disponibile a favore del conjuge, di un quarto in nuda proprietà, è chiaro ch' ei non può più disporre di cos' alcuna in favor del suo conjuge.

Se il donante ha lasciato uno o più ascendenti, la donazione fatta

La porzione disponibile può essere data in tutto o in parte ai figli od altri successori del donante, senza

---

all' estraneo non potrà versare che sul disponibile tal quale è fissato coll' art. 916 † 831, ed il donante potrà disporne a favor del suo conjuge di tutto l' usufrutto della porzione indisponibile.

Se la donazione fatta al conjuge è anteriore ed irrevocabile, per es. se sia stata fatta per contratto di matrimonio, essa debb' essere eseguita in preferenza di ogni altra che fosse posteriore. Se dunque il donante ha tre figli e che abbia donato al suo conjuge tutto quello di cui poteva disporre, come il disponibile a favore del conjuge eccede il disponibile a favor dell' estraneo, tutte le donazioni posteriori sono nulle. Egli è lo stesso se il conjuge non ha figli, ma sibbene uno o più ascendenti, o s' egli non ha nè discendenti nè ascendenti.

Se il donante ha due figli, bisognerà fare in senso inverso di ciò che abbiamo stabilito nel caso in cui avendo egli egualmente due figli la donazione fatta all' estraneo fosse anteriore ed irrevocabile. Se si seguisse la prima opinione bisognerebbe calcolare se il quarto in usufrutto, riguardata l' età del conjuge, sia eguale, maggiore, o minore alla dodicesima in proprietà. Se fosse uguale o maggiore, tutto il disponibile sarebbe riguardato come esaurito, e tutte le donazioni posteriori sarebbero nulle; se fosse minore, il donante potrebbe disporre dell' eccedente in favor d'un estraneo. O pure, adottando il secondo modo, che a me sembra preferibile, come ho detto, si potrebbe donare in ogni caso all' estraneo la dodicesima in sola proprietà, di cui l' un conjuge non ha potuto disporre in favore dell' altro.

Se il donante non ha che un figlio, il donatario posteriore avrà il quarto in sola proprietà di cui il defunto non ha potuto disporre a favore del suo conjuge.

Ma *quid*, se la donazione fatta al conjuge è anteriore, ma fatta durante il matrimonio, ed in conseguenza rivocabile (art. 1096 † 1050), e che la donazione fatta all' estraneo sia posteriore, ma irrevocabile? Io penso che se le due donazioni sono di un oggetto particolare, e dello stesso oggetto, la seconda donazione fatta all' estraneo importa rivocazione della prima, e dee per conseguenza esserle preferita (l. 12, Cod. *de donat. inter vir. et uxor.*). Ma se son'esse tutte e due d' una quantità, o in generale del disponibile, io penso che la decisione dee dipendere dalle circostanze, e che i tribunali dovranno esaminare, secondo l' intenzione manifestata dal donante, sia nel secondo atto di donazione, sia indirettamente per mezzo di altre circostanze, s' egli ha inteso di rivocare la prima donazione. Poste tutte le cose uguali, si potrebbe ammettere questa distinzione: Se il donante ha disposto in favore dell' estraneo di una quantità determinata, allora la donazione fatta al conjuge sarebbe riputata come rivocata sino alla concorrenza di ciò, il di cui valore unito a quello della disposizione fatta all' estraneo, eccederebbe la maggior somma disponibile. Se, per esempio, questo disponibile sia di cento, e che se ne siano donati sessanta al conjuge, e cinquanta all' estraneo, la donazione fatta al conjuge sarà ridotta a cinquanta. Ma se la donazione fatta all'estraneo sia in generale del disponibile, farà d'uopo distin-

essere soggetta a collazione, ancorchè il donatario ve-

---

guere: se la donazione fatta al conjuge non esauriva il disponibile, si potrà presumersi che il defunto non ha inteso disporre a favore dell'estraneo se non di ciò che gli rimaneva disponibile dopo la donazione fatta al conjuge, la quale allora sarà per intero eseguita, e 'l dippiù del disponibile sarà aggiudicato all' estraneo. Ma se la donazione fatta al conjuge esauriva il disponibile, come non può presumersi che il defunto abbia voluto fare a vantaggio dell' estraneo una disposizione illusoria, *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*, la donazione fatta al conjuge si riputerà rivocata sino alla concorrenza di quella fatta all'estraneo: il tutto osservando le proporzioni determinate di sopra, relativamente alla differenza del disponibile riguardo al conjuge e riguardo all' estraneo.

Quid, se le disposizioni sono tutte e due fatte con un atto rivocabile? Bisogna distinguere: Se sono esse fatte con due atti separati, *puta*, se la donazione fatta al conjuge sia tra vivi e durante il matrimonio, e quella allo estraneo sia testamentaria, la prima debb' essere preferita se sia posteriore: diversamente se fosse anteriore, salve le presunzioni stabilite nel paragrafo precedente. In fatti, di due disposizioni egualmente rivocabili, e che non possono sussistere l' una coll' altra, è massima che *posterior derogat priori*. Se le donazioni sono fatte collo stesso atto, per es. con uno stesso testamento, a me sembra che allora il più giusto e più generale principio sia di riguardare le due donazioni come *congiuntamente* fatte, e concorrere ambi i donatarii sino all' ammontare della quota disponibile che è loro comune. Quanto al dippiù, esso appartiene a colui a di cui favore la maggiore disponibilità è stabilita. Secondo ciò bisogna distinguere:

Se il donante ha un solo figlio, il donatario estraneo avrà egli solo un quarto in nuda proprietà; e dividerà col conjuge il dippiù del disponibile a porzioni uguali.

Se il donante ha due figli, si valuterà ciò che può importare il quarto in usufrutto, e se sia eguale maggiore o minore del dodicesimo in proprietà. Se è uguale, i due donatarii concorreranno in parti eguali; se maggiore, il conjuge avrà egli solo l' eccedente, e prenderà la metà del dippiù; se è minore, il donatario estraneo avrà in contrario l' eccedente, e dividerà il resto: o pure si darà all' estraneo un dodicesimo in sola proprietà, al conjuge un sesto in usufrutto, e divideranno il dippiù del disponibile consistente in un quarto in proprietà ed un dodicesimo in usufrutto.

(*Nota*. In generale, poste tutte le cose uguali, l' usufrutto si valuta la metà della proprietà. Quindi un quarto in usufrutto equivale ad un ottavo in proprietà.)

Se il donante ha tre figli o un maggior numero, il conjuge avrà egli solo il quarto in usufrutto, e dividerà il quarto in proprietà.

Se il donante ha uno o più ascendenti, il conjuge avrà egli solo l' usufrutto della porzione indisponibile, e dividerà il dippiù.

Finalmente se non vi sono nè ascendenti nè discendenti, i due donatarii divideranno per metà la successione (*a*).

(*a*) *Il sig. Grenier ha trattato lungamente queste quistioni sul-*

nisse a succedere, purchè sia dichiarato espressamente, come l'abbiamo osservato nel Titolo precedente, che la disposizione è fatta *a titolo di anteparte* o di *prelegato* od altri termini equivalenti (55). Questa dichiarazione può farsi tanto coll'atto che contiene la disposizione, quanto con un atto susseguente, rivestito delle formalità 919 prescritte per le disposizioni tra vivi o testamentarie (56). 835

Avvi però, riguardo ai successibili in linea retta (57),

---

(55) Noi abbiamo nell'antecedente Titolo esaminata (Tom. 4, nota 223 pag. 175) la quistione se in questo caso il disponibile debba calcolarsi soltanto sui beni esistenti all'epoca della morte, o sulla massa de' beni suddetti riuniti a quelli donati agli altri successibili.

(56) Queste formalità sono richieste, perchè la dispensa dalla collazione è una vera donazione aggiunta alla prima. Da ciò segue che tal dispensa contenuta in un atto posteriore non può aver luogo in pregiudizio d'una donazione fatta nel tempo intermedio, a titolo di prelegato. Così, un padre che ha tre figli e quaranta mila franchi di beni, ne ha donato ad uno di essi dieci mila senza dispensa della collazione; ed al secondo cinque mila con detta dispensa: in seguito dispensa pure il primo dalla collazione. Se questa ultima dispensa avesse tutto il suo effetto, com'essa comprenderebbe tutto il disponibile, il secondo donatario sarebbe obbligato di rinunciare alla successione od a conferire: ma come col mezzo della dispensa pronunciata in suo favore si è trovato egli investito irrevocabilmente del dritto di prendere sul disponibile l'ammontar della donazione fattagli, e ciò prima che il suo fratello fosse stato anch'esso dispensato dalla collazione, quest'ultima dispensa sarà nulla, ma nell'interesse del secondo donatario soltanto, vale a dire, che il primo donatario venendo alla successione sarà tenuto soltanto di conferire cinque mila franchi.

(57) Questa disposizione si applicherebb' essa ai successibili in linea retta ascendentale? Io nol penso. Non evvi il più leggiero paragone. Si può presumere un utile indiretto nella vendita fatta a prezzo d'una rendita vitalizia, o con riserva di usufrutto da un ascendente al suo discendente; ma la stessa presunzione non esiste quando la vendita è stata fatta da un discendente ad un ascendente (*a*).

l'applicazione dell'art. 1094 *del Cod. civ. l. cit. num.* 585. *L'articolo delle nostre Leggi civili fa restringere le discussioni ai casi che possono verificarsi nell'epoca in cui eravano dal detto Codice regolati.*

(*a*) *Poteva il nostro autore appoggiar questo suo sentimento dalle decisioni delle corti di Poitiers del* 7 *term. an.* X, *e di Parigi del* 10 *fruttid. detto anno, confermate da quella corte di cassazione coll'arresto del* 6 *pratile detto an.* X; *in cui si disse che ,, le vendite a fondo perduto fatte agli ascendenti dai successori non sono proibite, in forza della proibizione di tali vendite verso i successori.—* In altri termini; *gli ascendenti non sono relativamente ai loro discendenti successori persone interposte, nel senso dell'art.* 26 *della legge del* 17 *nevoso anno* 2. ,, *V. Sirey tom.* 2 *part.* 1. *pag.* 271.

una disposizione particolare (58), la quale consiste nel presumersi che i beni alienati a loro favore dal defunto, col peso di rendita vitalizia, o con riserva d'usufrutto (59), siano stati loro trasmessi a titolo di pura donazione o di prelegato (*a*). In conseguenza essi vengono imputati nella porzione disponibile pel giusto loro valore in piena proprietà, e l'eccedente, se ve n'ha, viene con-

---

(58) Questa disposizione è stata presa dall'art. 26 della legge del 17 nevoso an. 2. (*b*)

(59) Per conseguenza se la vendita è stata fatta a qualunque altro titolo, non si applicherà questa disposizione la quale è con effetto esorbitante dal dritto comune, perchè sembra presumere la simulazione. Non è già che una vendita fatta a prezzo stagliato (*a forfait*) al pari di ogni altro atto passato tra il defunto ed uno de' suoi successibili, non possa essere attaccata, se vi è luogo, come simulata, e contenente un mascherato vantaggio. Ma appartiene allora agli attori a provar la frode o la simulazione; quando che nel caso dell'art. 918 † 834, l'atto è nullo di pieno dritto come vendita, o piuttosto la legge lo reputa di pieno dritto donazione con dispensa di conferire.

(*a*) *È vero che l'art. 26 di questa legge vietò tali alienazioni presumendole come disposizioni a titolo gratuito, pel quale medesimo motivo si sono vietate nell'art. 918 del Codice; ma due diversità sono da osservarsi tra l'uno e l'altro : la prima che quello per l'esecuzione di tal presunta donazione richiedeva il consenso di tutti gli eredi collaterali ed in linea retta, mentre questo richiede solo il consenso degli eredi in linea retta, a motivo che la legge di nevoso prescriveva una eguaglianza assoluta quasi tra tutte le specie di eredi, che non è lo stesso secondo l'art. 920 † 837 del Codice. L'altra differenza risulta dal perchè in quello non si comprendevano le alienazioni* con riserva di usufrutto, *che si comprendono in questo.*

(*b*) *Veramente l'art.* 918 † 834 *enuncia tre e non due specie di queste alienazioni, quella cioè col peso di una rendita vitalizia, quella a capitale perduto, e quella con riserva di usufrutto; mentre il nostro autore ne mentova due. È vero per altro che l'alienazione a capitale perduto si confonde spesso con quella fatta col peso d'una rendita vitalizia, ma importa che non si facciano dire al legislatore parole superflue, e poichè ha egli nominato espressamente l'una e l'altra meglio ci sembra distinguere con Grenier, l. cit. num. 639, che l'alienazione col* peso di una rendita vitalizia *ha luogo quando si dona o si aliena col peso di una rendita durante la vita del venditore o del donante; e che l'alienazione* a fondo perduto *risulta da un atto che trasmette all'acquirente la proprietà di un immobile, o di una somma, col peso della prestazione di un canone vitalizio qualunque, ovvero del godimento in favore di colui il quale aliena, di un dritto qualunque durante la sua vita: questo dritto costituisce il fondo che è perduto per la di lui successione, e che l'acquirente ritiene.*

ferito nella massa (60). Segue lo stesso pe' capitali impiegati a fondo perduto nelle mani di uno degli eredi in linea retta. Ma queste disposizioni che non possono essere in verun modo invocate dai collaterali (61), non

(60) Dunque è vero il dire che queste sorte di vendite sono in effetti presunte, secondo la legge, contenere una donazione, ma a titolo di prelegato, e con dispensa di collazione; e ciò che lo prova si è che l' articolo non esige conferirsi che l' eccedente del disponibile.

Del resto, quest' obbligazione di conferire pruova che qui si tratta del caso in cui il figlio acquirente concorre alla successione, poichè la collazione è dovuta solamente dal coerede che viene alla successione. Per la stessa ragione bisogna decidere che se il figlio acquirente rinunzia potrà ritenere l' oggetto vendutogli sino alla concorrenza del disponibile, e della sua parte nella riserva; poichè avrebb' egli questo dritto quand' anche fosse realmente donatario. Da ciò segue ancora che se il disponibile siasi esaurito colle donazioni irrevocabili anteriori alla vendita, la totalità dell' oggetto venduto debb' esser conferita.

Ma non si dovrà rimborsare all' acquirente del fondo in vitalizio quel ch' egli ha pagato in ogni anno al di là della rendita della cosa alienata, ed all' acquirente della nuda proprietà ciò ch' egli ha pagato per tale acquisto? La legge del 17 nevoso decideva l' affermativa in un modo espresso; ma bisogna osservare che questa legge si applicava, benanche alle vendite che avevano avuto luogo prima della sua promulgazione, riguardo alle quali l' acquirente avea potuto essere di buona fede, e che ciò non ostante erano annullate al pari delle altre. Si era dunque creduto dovere addolcire il rigore dell' effetto retroattivo dato a questa legge, decidendo che, quando vi fosse luogo, dovesse tenersi conto all' acquirente di ciò che pagato avesse al di là della rendita dell' immobile. Ma presentemente che non vi è più effetto retroattivo, che il successibile sa bene a che si espone acquistando in tal modo, non si è dovuto sottoporre i coeredi ad alcuna restituzione. D' altronde l' acquirente è indennizzato coll' abbandono gratuito della porzione disponibile.

(61) Vale a dire che non possono essere invocate da collaterali a collaterali. Costoro non concorrendo mai coi discendenti, non possono essere nel caso di domandar la collazione; e noi pensiamo, come si è già fatto osservare, che l' art. 918 † 834 non si applica all' ascendente comparatore (*a*). Ma se la vendita abbenchè fatta a titolo di vitalizio non fosse stata tale nel fatto, ma bensì realmente una donazione, ogni erede potrebbe domandarne la collazione, tutto che collaterale, conformemente all' art. 843 † 762. Così venne giudicato e con ragione a Bruxelles, il 30 maggio 1812. (Sirey, 1813, 2, par. p. 46.)

(*a*) *La proibizione delle vendite a fondo perduto al successore si estende al conjuge del successore medesimo? Questa quistione dalla corte di cassazione francese fu risoluta affermativamente coll' arresto del 28 nevoso anno 8; e negativamente nella sezione de' rigetti, coll' arresto del 18 fruttidoro anno 9. V. Sirey, tom. 1. part. 1, pag.* 292 e 482.

possono nemmeno invocarsi dagli eredi, anche in linea
918 retta, che hanno acconsentito all'alienazione o all'im-
834 piego (62).

§. II.

Della riduzione delle donazioni eccedenti la porzione disponibile.

La riduzione delle disposizioni eccedenti la porzione disponibile è, come l'abbiam detto, una conseguenza necessaria dello stabilimento d'una riserva. Quindi è massima che tutte le disposizioni (63), tanto tra vivi che

---

(62) Questo consenso dato durante la vita del disponente è certamente un patto su d'una successione futura. (V. qui appresso la nota 98 pag.). Quindi abbiam fatto osservar quest'articolo, come contenente una deroga alla regola generale stabilita su tale oggetto.

Ma se i successibili all'epoca della morte non si trovano essere gli stessi di quei che l'erano all'epoca dell'atto, e che vi acconsentirono, potrebbero essi giovarsi della mancanza del di loro proprio consenso per domandare l'applicazione dell'art. 918 † 834? Io penso che sì. L'articolo dice, che l'imputazione non può esser domandata dai successibili che hanno acconsentito: dunque può esserla da quei che non han prestato consenso. D'altronde il caso sarebbe rarissimo, poichè l'art. 918 non avendo luogo che in linea diretta discendentale, avverrà quasi sempre che gli eredi saranno i rappresentanti di quei che avranno acconsentito, e come tali non potranno avere altro dritto che quello de' di loro autori.

(63) A titolo gratuito, dirette o indirette, anche quelle fatte in favore de' conjugi, e nel contratto di matrimonio. (art. 1090 † 1045).

Quanto alle disposizioni a titolo oneroso, egli è evidente ch' esse non possono esser soggette all'azione de' legittimarii; poichè la legittima non essendo dovuta che a titolo di successione, e non potendo esser presa che sui beni esistenti all'epoca della morte, è chiaro che bisogna dedurne i debiti e tutto ciò ch' è necessario per l'adempimento delle obbligazioni contratte dal defunto : *Bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno.*

Quid, se la donazione è di una somma di danaro non pagata in contante, e che per sicurezza del pagamento il donante abbia acconsentito ad una ipoteca speciale, il donatario, in caso di riduzione per la prestazion della legittima, potrà egli agire contra l'acquirente del fondo ipotecato per la totalità del credito? Nò senza dubbio, ma soltanto per quello che gli resterà dovuto dopo l'operata riduzione. In favor di questa opinione può sulle prime dirsi che se si decidesse altrimenti, la riduzione diverrebbe inutile al legittimario, poichè l'acquirente che ha pagato in seguito dell'azione ipotecaria, avendo un regresso contro il debitore originario, o della sua successione, avverrebbe

a causa di morte (64), sortano, per verità, finchè vive il donante, tutto l' effetto di cui sono suscettibili, ma però possono essere impugnate alla sua morte, e ridotte a quel quantitativo del quale gli era permesso disporre, avuto riguardo al valore de' beni che compon- 920 837

che il legittimario sarebbe obbligato di restituire all' acquirente quel che avesse egli ricevuto in seguito della riduzione. Ma questa ragione non basterebbe, poichè non potrebbesi applicare al caso in cui il legittimario avesse accettato col beneficio dell' inventario. Il vero motivo legale consiste in ciò che l' ipoteca è un contratto accessorio; ora è dell' essenza di questa sorta di contratti di subire per una inevitabile conseguenza tutte le modificazioni del contratto principale. Se questo è annullato, l' ipoteca egualmente si annulla. Se l' obbligazione risultante dal contratto principale viene diminuita, l' ipoteca è egualmente ridotta, non riguardo alla sua estensione, ed alla sua azione sopra gl' immobili che vi sono sottoposti, ma riguardo alla quantità della somma per la quale può essere esercitata. Quindi, nella specie, allorchè il legittimario avrà in seguito della riduzione fatto ridurre il credito del donatario, la ipoteca di costui si troverà ridotta alla stessa somma alla quale lo sarà stato il credito principale; ed egli non potrà chieder altro dall' acquirente.

Tal quistione più si complicherebbe se la soccessione essendo poco buona, ed accettata dal legittimario col beneficio dell' inventario, si avvalesse costui della facoltà accordatagli dall' art. 802 † 719, ed abbandonasse ai creditori tutti i beni della successione, per discaricarsi della di loro amministrazione. Poichè allora non avendo interesse a domandar la riduzione del dono, non la chiederebbe, e l' acquirente non potrebbe opporre al donatario il mezzo tratto dalla diminuzione dell' obbligo principale. Io penso che in questa circostanza bastantemente imbarazzante, si può dire che i creditori della successione beneficiata sono sempre i creditori dell' erede. Essi non possono, per verità, costringerlo che sino alla concorrenza de' beni della successione; ma non perciò sono meno suoi creditori, come i creditori della dote erano presso i Romani creditori del marito tuttochè costui avesse potuto opporre loro il beneficio della competenza. I creditori della successione beneficiata sono talmente creditori dell' erede, che possono essi costringerlo su i di lui proprii beni, salvo a costui di poter render conto di tutti i beni dei quali era composta la successione. Dall' altra banda, noi abbiamo stabilito di sopra che l' erede, anche dopo l' abbandono autorizzato dall' art. 802, restava sempre erede. Ciò posto, l' acquirente nel nostro caso perseguitato coll' azione ipotecaria, diventa per ciò solo creditore della successione per la garentia ch' egli ha dritto di esercitar contro essa. Diventa dunque egualmente creditor dell' erede: egli può dunque esercitare il dritto di quest' ultimo conformemente all' art. 1166 † 1119, e per conseguenza domandare la riduzione della donazione, il che allora rientra nel caso previsto nel precedente paragrafo.

(64) Bisogna intender con ciò le donazioni de' beni futuri, e quelle che son fatte con testamento.

gono la sua eredità (65). Noi vedremo per conseguenza in questo paragrafo:

1. Quali siano le persone che possono domandare la riduzione;

E 2. come si debba procedere per determinare se siavi luogo ad operarla, con qual ordine debba essere effettuata, e quali ne sieno gli effetti.

---

(65) Quindi, per decidere se vi sia luogo a riduzione o no, considerar non bisogna il valore de' beni che avea il disponente quando fece la donazione, ma quello de' beni ch' egli lascia alla sua morte.

Se dunque il donante ha fatto con atto tra vivi una divisione anticipata tra i suoi discendenti, l' azione per riduzione contra i donatarii estranei non sempre potrà essere intentata prima della di lui morte; poichè sino a tal epoca è incerto se vi sarà luogo a riduzione. Egli potrà acquistar nuovi beni che potranno bastare a completar la legittima. Il numero de' legittimarii può diminuire, ed anche posson essi perir tutti. Queste sono altrettante vicende a favore de' donatarii, e di cui non han potuto esser privati dall' anticipata divisione, la qual'è riguardo ad essi *res inter alios acta*.

Posto ciò, *quid* nel caso seguente?

Uno ha tre figli; egli fa donazione tra vivi d' un quarto dei suoi beni ad un estraneo; e divide il dippiù trai suoi tre figli, che ai trovano con ciò di aver ciascuno il quarto de' beni del loro padre. Uno de' figli divisi muore prima di suo padre senza prole, ma dopo di avere instituito un legatario universale. Gli altri due figli, che attesa la morte del dì loro fratello debbono avere per loro riserva, ciascuno un terzo della successione, possono essi reclamare la dodicesima parte che loro manca a compimento di questo terzo; e nel caso dell' affermativa, contro di chi possono essi reclamarla? Secondo il principio stabilito nell' antecedente paragrafo, io penso ch' essi possono reclamare ciascuno la dodicesima, e che possano reclamarla da quei che rappresentano il di loro fratello. In fatti, poichè l'art. 1076 † 1032 assomiglia la divisione fatta dal padre in vita, ad una donazione tra vivi, ne risulta che bisogna seguire per la riduzione le regole stabilite relativamente a queste sorte di disposizioni, secondo le quali le donazioni debbon essere ridottè per ordine di date, e cominciando dall' ultima. Ora nel caso proposto la donazione fatta all' estraneo è d' una data anteriore alla divisione.

Del resto la riduzione delle disposizioni a titolo gratuito, per completar la legittima degli eredi ai quali la legge assicura una riserva ha molto rapporto colla *falcidia* de' Romani. Non sorprenderà dunque che noi desumiamo qualche volta dal Titolo delle Pandette *Ad legem falcidiam* alcuni mezzi atti a risolvere le quistioni che si eleveranno sulla prestazione della legittima.

Da chi può essere domandata la riduzione?

La riduzione delle disposizioni a titolo gratuito fatte dal defunto non avendo altro motivo che quello di compiere la riserva fissata dalla legge, è manifesto che essa non può essere domandata che da quelli a profitto dei quali la legge ha stabilita questa riserva, dai loro eredi o aventi causa da essi (66).

---

(66) Quindi i creditori del legittimario possono in di lui nome domandar la riduzione delle donazioni.

Bisogna essere erede per domandar la riserva sia riguardo ai legatarii, sia riguardo ai donatarii? L' affermativa non sembra possa incontrar alcun dubbio secondo i principii così del dritto comune, che del Codice attuale.

Ne' paesi regolati dal dritto comune, si sa che secondo la Novella 115, cap. 3, *in princip.* la legittima doveva essere lasciata espressamente a titolo d' instituzione: *non licere penitus patri vel matri, filium aut filiam praeterire, aut exheredes facere, nec si per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum, eis dederit legibus debitam portionem.* La qualità di legittimario e quella di erede erano dunque inseparabili. D' altronde, si sa che il figlio emancipato che volea impugnare il testamento di suo padre come inofficioso, dovea cominciare dal domandare il possesso de' beni, che era l' eredità pretoria.

Ne' paesi regolati dalle Consuetudini, gli autori eran d' accordo su questo punto, ed i motivi che ne davano sono gli stessi nel dritto attuale. Ecco come si esprime Ricard, *delle Donazioni*, par. 3 n. 978.

,, La rinunzia che fanno i figli alla successione del loro padre ,, importa con se l' esclusione dalla legittima; perchè non potendo ac- ,, quistarsi che con la querela d' inofficiosità, è necessario ch' essi ab- ,, biano la qualità di eredi per intentar quest'azione: atteso che i beni ,, del padre non potendo passare nelle loro persone che a titolo di ,, successione, a torto si lagnerebbero di ciò che il loro padre ha fatto, ,, mentre, attesa la loro rinunzia, essi non potrebbero giammai pretender ,, nulla dai di lui beni, quand' anche non ne avesse disposto ,,.

Lebrun è della stessa opinione nel suo *Trattato delle successioni*, Lib. II, cap. 3, sez. I. num. 9 e seguenti, ed Espiard, suo annotatore, conferma questa dottrina.

,, La legittima è una quota dell' eredità, *quota hereditatis* ,, dice Boucheul, *delle convenzioni di succedere*, cap. 10, num. 19. Ora non si può conseguire *ab intestato* una quota di eredità, altrimenti che a titolo di erede.

Riguardo al dritto attuale, non solamente non evvi nel Codice cosa che sia contraria a questa decisione, ma dippiù sembra risultar essa da diversi articoli. Sulle prime dicesi nell' art. 1004 † 930 ,, Quando ,, alla morte del testatore vi siano eredi ai quali è dalla legge riser- ,, vata una quota parte de' suoi beni, questi eredi, per la di lui mor-

„ te, entrano *ipso jure* nell' immediato possesso di tutti i beni dell' eredità. „

Quando vi siano eredi. Bisogna dunque essere erede per aver dritto alla riserva; e perchè non si fosse creduto che il legislatore avesse potuto prendere la parola *erede* nel senso che qualche volta gli si attribuisce, di *abile a succedere*, egli aggiunge immediatamente il carattere il più distintivo e più essenziale dell' erede propriamente tale, vale a dire dell' erede *accettante*: *essi entrano* ipso jure *nell' immediato possesso di tutti i beni dell' eredità.* Ora a quel titolo possono essi entrare in questo immediato possesso, se non col titolo di eredi? E ciò che pruova non esservi alcuna differenza da stabilire a questo riguardo tra l' azione del legittimario contra i donatarii tra vivi, e quella che egli ha contra i legatarii, si è l' essersi detto coll' art. 928 † 845 che il legittimario il quale agisce per la riduzione contra i donatarii tra vivi nell' anno della morte, può reclamare i frutti dall' epoca della morte. Ora non può reclamarli, se non perchè ha il possesso, e non può aver il possesso se non come erede: dunque egli debb' essere erede per impugnare le donazioni tra vivi.

2. L' art. 924 † 841: „ Se la donazione fra vivi riducibile (ivi „ è detto) è stata fatta a favore di uno dei successibili, potrà questi „ ritenere sui beni donati il valore di quella porzione che gli spette- „ rebbe *nella qualità di erede* sui beni non disponibili, quando siano „ della medesima natura. „ Ora con molta evidenza risultano da questo articolo due cose: la prima, che bisogna essere erede per ottener la riserva per via d' azione; e la seconda che non vi sia bisogno di esserlo per ritenerla per via di eccezione. In fatti l' articolo dice, *che gli spetterebbe nella qualità di erede*, vale a dire *s' egli fosse erede*. Dunque bisognerebbe ch' egli lo fosse per domandare la riserva. Ma egli non ha bisogno di esserlo per ritenerla in via d' eccezione. (V. nel Tomo 4 la nota 222 pag. 173, e qui appresso la nota 88 pag.).

3. L' art. 930 † 847: „ L' azione per la riduzione o per la rivendicazione, esso dice, potrà promuoversi *dagli eredi* contra i terzi „ detentori degl' immobili ec. „ Dunque bisogna essere *erede* per esercitare quest' azione.

4. L' articolo stesso 921 † 838 a me sembra decisivo. In fatti, il legislatore ha creduto ch' era necessario di stabilire con una formale disposizione, che i creditori del defunto non potrebbero approfittare della riduzione delle donazioni fra vivi. Egli ha dunque pensato, che senza questa disposizione essi ne avrebbero approfittato. Or a qual titolo i creditori della successione avrebbero potuto agire sui beni provvegnenti da questa riduzione nelle mani del legittimario, se questi non fosse erede? Ma dall' altra banda, l' articolo non può considerare il legittimario com' erede puro e semplice; poichè allora nulla impedirebbe i creditori del defunto, diventati con ciò creditori personali dell' erede, di agire sui beni provvegnenti dalla riduzione, come sui tutti gli altri beni personali dell' erede. L' articolo suppone due cose: e che il legittimario sia erede, e ch' egli sia erede beneficiato.

Finalmente, il caso seguente dimostrerà quali inconvenienti risulterebbero dal contrario sistema.

Un figlio unico rinunzia alla successione di suo padre. Pertanto egli domanda ed ottiene la sua legittima sui beni donati fra vivi. Un collaterale più ardito, o meglio instruito dello stato degli affari del

defunto accetta la successione. Un bastimento che si credeva perduto ritorna con ricco carico: certamente i donatarii pretenderanno con ragione che le loro donazioni non possono essere impugnate che in mancanza de' beni esistenti, e che in conseguenza essendovi nella successione del padre più del bisogno per soddisfar la legittima, debba esser loro restituito quel che per la riduzione fu tolto. Da un altro lato il figlio non potrà rivolgersi su beni esistenti, perchè mediante la sua rinunzia sono essi devoluti irrevocabilmente al collaterale che ha accettato; e s' egli oppone questa ragione ai donatarii, essi gli risponderanno con vantaggio, che pel suo fatto egli è privato di tali beni; mentre s' egli non avesse rinunziato avrebbe avuto ampiamente di che completare la sua legittima, e che per conseguenza non è ammessibile ad opporre loro un pregiudizio, che non soffre se non per l' effetto della sua sola volontà.

Certamente il ragionamento de' donatarii è senza replica, e prova d' una maniera invincibile, che non si può promuovere azione per riduzione senz' assumere la qualità di erede.

La legittima essendo un dritto, certo è che il legittimario può rinunciarvi. Ma perchè questa rinunzia sia valida, bisogna che il dritto sia acquistato, vale a dire che la persona sulla successione della quale la legittima è dovuta, sia morta; poichè la legittima non potendo prendersi che *jure hereditario*, è una vera successione; ed ogni rinunzia ad una successione futura è nulla. Per la stessa ragione, ogni rinunzia ad eredità dovendo essere espressa, ne risulta che i legittimarii non potrebbero rinunciar tacitamente al loro dritto, che d' altronde è estremamente favorevole, e ch' essi non potrebbero anche rinunziarvi espressamente in pregiudizio de' loro creditori. (art. 788 † 705).

L' erede ha egli bisogno di avvalersi del beneficio dell' inventario per poter domandare la riduzione? Nò senza dubbio: niuna disposizione ve l' obbliga. Ma egli è tenuto almeno a far l' inventario? Io penso che sì, e dippiù credo che la mancanza dell' inventario potrebbe farlo decadere dalla domanda. In fatti, non può far ridurre le donazioni che provando di non aver egli trovato ne' beni esistenti di che completar la sua legittima. Ora non può far questa pruova che per mezzo di un inventario. Ricard, che rigetta questa opinione (*delle Donazioni* part. 3. n. 994 e seg.), pretende che in questo caso si ammettano i legatarii e donatarii a far formare quest' inventario per pubblica fama: ma si può rispondere, che nel dritto attuale la legge non autorizza questo genere d' inventario se non in favore di un attore che ha bisogno di questo documento per fondare la sua domanda, e che non è stato a tiro di procurarsi quella che risulta da un inventario legale. Ma tutte le volte ch' egli ha potuto procurarsi quest' ultimo, il primo gli è interdetto. L' art. 1415 † T è formale su tal punto. Ora nella specie il legittimario è attore sia nell' azione sia nell' eccezione. Poichè per ricusarsi al pagamento de' legati, o per domandare la riduzione delle donazioni, bisogna ch' egli alleghi l' insufficienza della successione; spetta dunque a lui di provare quest' insufficienza, e non può farlo se non col mezzo d' un inventario legale (a).

(a) *Pare però che la legge non avendo subordinato l' esercizio del dritto della riserva alla formalità dell' inventario, basterebbe al legittimario di provare in altro modo il valore di questi beni, salvo*

Quanto ai donatarj, legatarj (67), o creditori del

(67) Ma se costoro non possono trar vantaggio dalla riduzione, possono almeno, come l' abbiam visto, costringere il legittimario che è nel tempo stesso donatario ad imputare sulla sua parte nella riserva ciò che ha ricevuto dal defunto direttamente o indirettamente (V. nel Tom. 4 la nota 223 pag. 175).

Noi diciamo *indirettamente*. Poichè penso che il nostro dritto sia più rigoroso del romano, il quale non obbligava l'erede ad imputar sulla *Falcidia* quel che riceveva da un terzo, *conditionis implendae causa*. Se, per esempio, il defunto avesse legato la sua casa di campagna a Tizio, a condizione ch' ei desse cento ad uno de' suoi eredi, costui non era tenuto ad imputar questa somma sulla falcidia, l. 76, ff, *ad leg. Falcid.* Io credo che non sarebbe lo stesso nel nostro dritto, e che basta di aver l' erede ricevuto quel che gli venne aggiudicato *ex judicio defunti*, per doverlo imputare sulla sua legittima; purchè pertanto non gli sia stato donato per prelegato. Noi abbiam precedentemente dimostrato che questa clausola contiene la formale intenzione del defunto che tal suo dono sia imputato sul disponibile, non sulla legittima.

Del pari nel roman dritto le donazioni fra vivi fatte all' erede non erano imputate sulla falcidia. (*Paul. sentent.* lib. 3, tit. 8, §. 3.) L' imputazione avrebbe certamente luogo tra noi, salvo egualmente il caso della clausola del prelegato; e si potrebbe anche pretendere, secondo la legge 56, §. ult. ff. *ad leg. Falcid.* che l' opinione contraria a quella di Paolo avea finito per prevalere presso gli stessi Romani.

Quindi, definitivamente, bisogna tener per principio generale in materia d' imputazione, che il legittimario è tenuto ad imputar sulla sua riserva tutto quello che sarebbe tenuto di conferire a' suoi coeredi, se ne avesse; ed in conseguenza riportarsi a quel che nel Tom. 4 si è detto nella nota 232 p. 183. Egli dee dunque imputare 1. tutto ciò che prende *jure hereditario*; e 2. tutto ciò che tiene *ex judicio defuncti*, quand' anche non provenisse precisamente *ex re hereditaria*, se tuttavia l' utile che gli riviene fosse di natura a poter essere diviso fra tutti i suoi coeredi, o avesse potuto produrre una diminuzione qualunque nella massa divisibile.

Si opporrà forse a questo principio ciò che noi diciamo appresso nella nota 74 p. 74, che i frutti percepiti dopo la morte non sono imputati sulla legittima. Ora, dirassi, questi frutti provengono *ex rebus hereditariis*, e per conseguenza appartengono all'erede *jure hereditario*. Dunque non è esatto il dire che tutto quello preso dall' erede *jure hereditario* debb' essere imputato sulla legittima.

ai donatarii e legatarii di provar il contrario. Certo è che l' opinione di Ricard *venne seguita da* LEBRUN, *delle* Donazióni *lib.* 5°, *cap.* 4, *n.* 75, *e da* GOTTIER *nel suo trattato delle* Donazioni tra vivi, *sez.* 3, *art.* 5, §. 7. *ed è attualmente sostenuta da* GRENIER, delle Donazioni, *tom. II n.* 591, *e da* Toullier, *l. c. n.* 166. *Veramente però il Grenier nell' ammettere dubbio il punto di dritto, conclude che „ la prudenza consiglia di non esporsi al dubbio, quando si presume la necessità della riduzione, soprattutto quando sia conosciuto il testamento o la donazione.*

defunto, essi non possono domandarla nè approfittarne,

Io rispondo, che in materia di successione, e per fissare i dritti delle parti, non si considera che un solo istante, quello dell' apertura della successione; che secondo il valore della medesima in questa sola epoca deesi determinare se le legittime siano o no complete; che se vi è ne' beni esistenti allora di che completarle, i legittimarii nulla possono reclamare, qualunque sia la diminuzione che questi stessi beni possan poi provare; che per la stessa ragione, se questi beni non bastassero all' epoca dell' apertura della successione per completar le legittime, la riduzione delle disposizioni a titolo gratuito dee aver luogo, qualunque sia l' aumento che possa in seguito ritrarsi sul valore dei beni ereditarii, poichè questi aumenti appartengono all' erede non *quatenus heres*, *sed quatenus dominus*; che è lo stesso de' frutti scaduti o percepiti dopo la morte, poichè l' erede non si reputa prendere *jure hereditario* se non quello che ha appartenuto al defunto; che questi frutti non gli sono giammai appartenuti; che se si constringesse l' erede ad imputar questi frutti sulla sua legittima, bisognerebbe far entrare egualmente nella massa della successione pel calcolo delle legittime i frutti percepiti dai donatarii dopo la morte sulle cose donate fra vivi; lo che è contrario a tutti i principii. Dunque, ec.

Quid, se il padre è gravato di restituire ai suoi figli, i beni che costoro prendono in conseguenza della restituzione, sono essi imputati sulla legittima? Nò senza dubbio. Poichè costoro non li prendono *jure hereditario*, mentre possono reclamarli senz' essere eredi del di loro padre. Nol prendono nè anche *ex judicio defuncti*, mentre non potrebbe il loro padre privarneli. Dunque ec. (Ricard, *delle donazioni*, par. 3, n.° 1156).

Se un figlio sia stato da suo padre instituito legatario congiuntamente ad un terzo, senza menzione di prelegato, e che il terzo venga a mancare, quel che pel dritto di accrescimento perviene al figlio, dovrà essere imputato sulla legittima? Io sono di parere per l' affermativa, perchè questo stesso accrescimento egli lo riceve *ex judicio defuncti*, nè l' avrebbe se non fosse stato instituito legatario dal defunto. Può trarsi argomento in favore di questa opinione dalla legge 78, ff. *ad leg. Falcid.* che decide non potere l' erede instituito in una parte ritener la falcidia, abbenchè la sua parte sia esaurita, se per effetto del dritto di accrescere, si trova aumentata in modo che giunga a compiere la quarta.

Il legittimario è tenuto ad imputar sulla sua legittima quel ch'egli riceve dalla collazione fatta dai suoi coeredi? Caso 1

Un padre che ha tre figli dona venti mila franchi a ciascuno dei due primi, e muore lasciando un testamento contenente varii particolari legati dell' ammontar di otto mila franchi. I beni esistenti all' epoca della sua morte sono del valore di dodici mila franchi. I tre figli concorrono all' eredità. Il terzo figlio che nulla ha ricevuto reclama la sua legittima la quale, avuto riguardo al numero de' figli, nel proposto caso debb' essere di tredici mila franchi, e come non se ne trovano che dodici mila nella successione, egli pretende che tutti i legati sian caduchi. I legatarii sostengono dal loro lato che gli altri due figli avendo accettata la eredità sono in questa qualità tenuti alla collazione: quindi li quaranta mila franchi donati dovendo esser divisi fra i trè

921 almeno per ciò che concerne le donazioni tra' vivi (68). *838*

figli unitamente ai quattro mila rimasti sui beni esistenti dopo il pagamento di tutti i legati, la parte del terzo figlio su queste due somme riunite sarà di 14667 franchi, somma maggiore della sua quota nella riserva; e che per conseguenza non vi è luogo a ridurre le disposizioni testamentarie.

Se al contrario fosse ammesso il sistema preteso dal terzo figlio, ne seguirebbe ch' egli prenderebbe li dodici mila franchi esistenti nella successione; ch' egli in seguito li metterebbe in collazione co' suoi fratelli; che questa collazione unita a quella che sarebbe fatta da costoro produrrebbe una massa di cinquantadue mila franchi, e darebbe a ciascuno di essi per la sua porzione 17333 franchi.

Può dirsi in favore di quest' ultimo sistema, che la collazione non ha luogo che tra coeredi, e non ha effetto che riguardo ad essi; che rapporto ai legatarii *est res inter alios acta*: ch' egli è principio di dritto, non esser tenuto l' erede beneficiato, il quale conformemente all' art. 801 † 718 abbandona tutti i beni della successione al creditori e legatarii, di comprendere in questo abbandono quel ch' egli prende negli oggetti conferiti dai suoi coeredi; che la legge riguarda dunque questa parte come assolutamente estranea ai legatarii, e che per conseguenza egli non è riguardo ad essi tenuto ad imputarla sulla sua legittima.

Queste ragioni sono senza dubbio fortissime. Pertanto io non mi fiderei di adottare tale opinione. Convengo che la collazione sia totalmente estranea ai legatarii, nel senso ch' essi non possono mai come legatarii prender parte negli oggetti conferiti. Ma qui non si tratta di farveli partecipare, ma d' impedire l' erede di appropriarsi in di loro pregiudizio i beni esistenti nella successione. Io concedo che se un erede beneficiato abbandona tutti i beni esistenti ai legatarii, costoro, quand' anche i loro legati rimanessero incompleti, non potrebbero pretendere di completarli sull' ammontar degli oggetti provegnenti dalla collazione, la quale non ha luogo che per mantenere l' eguaglianza, e non mai per servire di pegno ai legatarii. Ma può da ciò concludersi che questo erede possa quando lo voglia spogliare i legatarii anche de' beni esistenti nella successione, col dispensarsi d' imputare sulla sua legittima quel ch' egli ha ricevuto per l' effetto della collazione? Egli non riceve in questo caso che nella qualità di erede, e per conseguenza *jure hereditario*: ora non è principio di dritto che tutto quel che l'erede prende *jure hereditario* debba essere imputato sulla legittima? D' altronde, nel primo caso, quello dell' abbandono de' beni esistenti, l' erede nulla prende su questi beni, egli vuol solo conservare quel che prende sugli oggetti conferiti: *Certat igitur de damno vitando*. Ma nel secondo caso, non solo vuole egli conservare questi stessi oggetti, ma spogliar benanche i legatarj de' beni esistenti, e prender in di loro pregiudizio una porzione maggiore della sua legittima. Finalmente sembrerà sempre contrario ai principii di equità, ed a quelli ricevuti in materia di legittima, che l' erede il quale non ha dritto che ad una riserva di tredici mila franchi e che ne riceve più di quattordici mila a titolo di erede, possa venire ancora a spogliare i legatarii. Io penso dunque in definitivo che il legittimario è tenuto ad imputare sulla sua legittima ciò che riceve dalla collazione fatta dai suoi coeredi.

(68) E non i legati. In fatti, come i legati non possono esser presi

che sui beni, e che *bona non intelliguntur*, *nisi deducto aere alieno*, ne segue che i legatarii non possono esigere il pagamento de' loro legati, se non dopo che siano pagati tutti i creditori della successione.

Ma la disposizione di non potere i creditori suddetti profittare della riduzione delle donazioni fra vivi non è essa ingiusta? La legittima o la riserva, dirassi, è una quota della successione. Ora è massima, come dicemmo, non entrar nei beni della successione che quel che resta dopo il pagamento de' debiti: *Bona non intelliguntur*, ec. D'altronde il legittimario dovendo essere, come abbiam visto, erede per reclamar la legittima; egli è tenuto in questa qualità ai debiti della successione. Queste ragioni sono speciose senza dubbio; ma è facile rispondervi. In fatti, o si tratta di creditori ai quali erano ipotecati i beni compresi nella donazione, ed allora non hanno bisogno della riduzione: essi agiranno pel loro pagamento mercè l'azione ipotecaria; o poi si tratta di creditori senza ipoteca, ed in questo caso bisogna distinguere: Se la donazione è posteriore al loro credito, essi potranno impugnarla coll' azione Pauliana, se possono provare di essere stata fatta in pregiudizio de' loro dritti (art. 1167 † 1120). Se è anteriore, essi non possono dire di aver contrattato col defunto in vista de' beni che già più non erano allora nelle sue mani quando hanno contrattato. Il loro debitore erasi spogliato di ogni dritto su questi beni, quand' essi divennero suoi creditori, nulla dunque possono su di essi pretendere. E come mai l'azione intentata dal legittimario per la riduzione, azione che è a loro riguardo *res inter alios acta*, come mai potrebb' essa dar loro un dritto che non hanno mai avuto? La legge vuol bene attaccare il dritto di proprietà residente nella persona del donatario, quando si tratta del debito sacro della legittima; ma se questa legittima in vece di esser utile a coloro pe' quali la legge l' ha stabilita, dee diventar la preda de' creditori, non vi è alcun motivo per privare il donatario del dritto ch' egli ha acquistato. Ed in effetto con qual titolo i semplici creditori pretenderebbero di esser preferiti a colui che era proprietario, prima ch' essi fossero creditori? Ma, si aggiunge, il legittimario è erede, ed in questa qualità è tenuto ai debiti, mentre colla sua accettazione i creditori dell' eredità son divenuti suoi creditori personali; essi potranno dunque dirigersi contra i beni provvegnenti dalla riduzione, se non come beni della successione, almeno come quelli che fan parte del patrimonio dell' erede ch' è diventato di loro debitore. Io rispondo esser vero che il legittimario debba aver la qualità di erede per reclamar la sua legittima; ma s' egli teme le persecuzioni de' creditori, prenderà il beneficio dell' inventario, come di sopra si è detto, nota 66 p. 62; ed eviterà così di confondere con quelli della successione i beni suoi proprii, nel numero de' quali sono quelli che gli pervengono dalla riduzione delle donazioni fra vivi, ai quali i creditori non hanno alcun dritto. Questa è l' opinione di RICARD, e di LEBRUN; ed io penso che tale debb' essere pure il dritto attuale.

Quando ed in qual modo la riduzione debba esser fatta, e quali ne sieno gli effetti.

Per decidere se siavi luogo ad operare la riduzione, e sopra quali donazioni essa debba cadere, bisogna distinguere tre casi: o non esistono che disposizioni testamentarie, o non esistono che donazioni tra' vivi, o ve n' hanno delle due specie. Noi faremo ora conoscere le regole da osservarsi in ciascuna di queste tre circostanze.

Se non vi hanno che disposizioni testamentarie, si forma la massa di tutti i beni esistenti alla morte del testatore (69);

---

(69) *Quid*, riguardo ai crediti attivi? s' essi sono di certa e facile esazione, si calcolano pel di loro intrinseco valore, e son essi o lasciati in comune, o divisi tra il legittimario ed i legatarii, secondo le loro particolari convenzioni. S' essi sono cattivi o difficili, non si contano, salvo a dividere quel che potrà in seguito esigersi. L. 63, §. 1, ff. *ad leg. falcid.* La legge 82 dello stesso titolo rapporta intanto un caso nel quale un cattivo credito debb' esser contato in totalità; ed è quando questo credito sia stato legato allo stesso debitore. Quindi supponiamo il caso seguente:

Un' uomo che ha un figlio fa de' particolari legati della somma di 5400 franchi, e lega inoltre a Tizio suo debitore 600 franchi che gli dee. Ordina dippiù che quest' ultimo legato sia soddisfatto in preferenza di tutti gli altri. I suoi beni effettivi all' epoca della morte indipendentemente dal credito sopra Tizio, sono di 8400 franchi: nell' atto stesso gli affari di Tizio sono in cattivo stato, in modo che i suoi creditori corrono rischio di perder tutto. La legittima sarà di 4200 fr., metà de' beni liquidi trovati alla morte o pure di 4800 fr., metà de' stessi beni, riuniti ai seicento franchi dovuti da Tizio? La citata legge 82 decide ch' essa debb' essere di 4800 fr., perchè, dice, non può riguardarsi come insolvibile quegli che paga a se stesso; *ipse sibi solvendo videtur*; *et quod ad se attinet, dives est.*

Ma se non vi fosse la clausola di preferenza, e che in seguito di un accomodamento fatto co' suoi creditori Tizio facesse loro soffrire una perdita qualunque, per es. del 75 per cento, il legittimario il quale, nella specie, ha dritto di far sopra tutt' i legati la riduzione di un quarto per compiere la sua legittima, può egli prendere per questo quarto il 25 per cento che Tizio dee dare sul debito; o dovrà egli fare sopra questo quarto una perdita proporzionata a quella degli altri creditori, cioè il 75 per cento? In prima è d' uopo osservare che per potere il legittimario avere 25 per cento sul suo credito primitivo sopra Tizio avrebbe d' uopo che questo credito nelle ripartizioni fosse portato per la totalità del suo valore. Ma da un altro canto, mercè il legato fatto a Tizio, il suo debito trovasi estinto colla compensazione, sino alla concorrenza della somma per la quale il legato è va-

se ne deducono i debiti (70), si calcola sul rimanente,

lido, e ch' esso non sussiste che pel dippiù: ora nella specie proposta il legato è valido per li tre quarti; il credito non sussiste più dunque che per un quarto; la successione del testatore non è dunque più ereditrice di Tizio che per la somma di 150 franchi; che dunque per questa somma dee figurare nella massa e nelle ripartizioni. In fatti, tutti i legati di liberazione di debito equivalgono al pagamento; e certamente se, nella specie, Tizio avesse fatto al suo creditore un pagamento valido di 450 fr. costui avrebbe sofferto pei 150 rimanenti una perdita del 75 per cento. Io confesso di non vedere alcuna risposta anche speciosa da fare a questo ragionamento; e perciò penserei che la successione non dee figurar nella massa e nelle ripartizioni che per cento cinquanta franchi; ma però in questo caso il credito sopra Tizio non debb' esser portato nella massa della successione che per quel che se n' è ritratto, vale a dire in prima per li tre quarti che si reputano pagati colla compensazione, e pel quarto del rimanente, vale a dire in tutto per 487 franchi e 50 centesimi.

Quid juris riguardo agli oggetti distratti o involati dall' erede? Essi non sono compresi nel senso che l' erede suddetto non può prendervi la sua parte di legittima, e ch' essi aumentano d' altrettanto la porzione che riviene ai legatarii, l. 24, ff. *ad leg. falcid.* Se dunque supponiamo la successione del valore di dodicimila franchi, compresivi i tremila distratti o involati dall' erede, ma riuniti di poi alla massa, novemila franchi di legati, ed un figlio colpevole dell' involamento, la successione si reputerà riguardo al legittimario eguale soltanto a nove mila fr., sui quali prenderà la sua legittima importante 4500. Li 4500 rimasti unitamente ai tremila valore degli involati, apparterranno ai legatarii, i quali senza l' involamento non avrebbero avuto che sei mila franchi.

(70) Nel numero de' quali debbonsi contare tutti i crediti dell' erede contra la successione, abbenchè estinti mercè la confusione, l. 87, §. 2, ff. *ad leg. falcid.*

A chi debbon esser rimesse le somme necessarie al pagamento dei debiti che non possono o non debbono esser pagati immediatamente? Al legittimario, il quale è tenuto, ed egli solo tenuto a tutti i debiti della successione, come possessore di tutti i beni, e rappresentante la persona del defunto.

Quid, riguardo ai debiti della successione che possono esser litigiosi? Due mezzi a prendere: o non se ne farà deduzione, ed i legatarii daran cauzione al legittimario per garentirgli il rimborso di ciò che dovranno restituire se venisse ordinato il pagamento di questi: o ne sarà fatta deduzione, e l' erede darà in vece ai legatarii cauzione per garentir loro la restituzione di ciò che ad essi ricaderebbe nel caso in cui per effetto della lite fosse deciso il loro annullamento.

Quid, se l'erede avesse pagato i legati senza riduzione, nel caso in cui questa doveva farsi? Bisogna distinguere: Se ciò è avvenuto per errore di fatto, mentr' egli credeva che vi restasse di che completar la sua legittima, ei può ripetere: *secus*, egli nol può. Ma nel dubbio io credo che debba presumersi l' errore di fatto: *Nemo facile donare praesumitur.*

922 qual sia la quantità di cui il defunto ha potuto dispor-
839 re, avuto riguardo alla qualità ed al numero degli eredi, e se l'ammontar dei legati eccede questa quanti-
926 tà, si riducono tutti in proporzione senza punto distin-
843 guere tra i legati universali ed i particolari (71).

Osservate che bisogna sempre dedurre dai beni esistenti tutto l'ammontar dei debiti, quand' anche l' erede per particolari accomodamenti avesse ottenuto un rilascio dai creditori, *quia eam pecuniam*, dice Paolo l. 3, §. 1, ff. *ad leg. falcid.*, *non ex hereditate sed ex decisione habet.*

Quid, se il defunto era debitor solidale? Si detrae sempre l'intero debito, salvo, nel caso in cui il successore non pagasse in definitivo che la sua parte, a render l' erede conto del doppiù ai legatarii.

Quid, se nel numero de' debiti vi sono rendite vitalizie? Si farà deduzione d' un capitale sufficiente per produrre con un interesse legale una rendita uguale alla somma dei vitalizii, dando l' erede cauzione per la restituzione ai legatarii di quel che loro frutterà questo capitale a misura che vengono ad estinguersi, l. 96, §. 1, ff. *ad leg. falcid.* Ma in questo caso come sarà stabilita la legittima? Io penso che bisogna agire nel modo che si è detto pe' crediti dubbii nel cominciar della precedente nota, e che per conseguenza si debba valutar la legittima secondo i beni esistenti, difalcati i capitali lasciati per l'adempimento de' vitalizj, e che in ciascuna estinzione dovrà farsi una particolare operazione per rimettere al legittimario ed ai legatarii ciò che loro riverrà rispettivamente.

(71) Sia di corpi certi, sia di somme di danaro. *Quid*, se i legati fossero ordinati in più testamenti di data diversa? Essi si reputano, quanto al loro effetto, non avere che una sola data, quella della morte.

Si pensava anticamente che il legatario universale dovea soddisfar solo tutti i pesi della successione, e per conseguenza le legittime che non eran prese sui legati particolari se non sussidiariamente, e nel caso solo d' insufficienza de' beni compresi nel legato universale. Ciò era forse più conforme ai principj rigorosi del dritto. Il legatario universale era tenuto a tutti i debiti, i legatarii particolari erano e sono ancora dispensati dal contribuirvi. Il legatario universale non poteva e non può anche ora reclamare che ciò che rimane dopo la soddisfazione di tutti i legati particolari. Da ciò si concludeva che il testatore avea inteso di preferir costoro, e che per conseguenza tutti i pesi della successione, nel di cui numero è la legittima, dovevan esser sodisfatti dal legatario universale, come egli era tenuto di soddisfar tutti i debiti. Ciò non ostante io penso che la disposizione della nostra legge sia più conforme all'equità (*a*). S' egli è vero

(*a*) *Esiste un dritto positivo, dice Grenier, l. c. num.* 619, *stabilito in favore dei legatarii particolari, al quale è subordinato quello del legatario universale: e questi rimane escluso da ogni dritto se i legati particolari assorbiscano tutta la eredità: poichè non es-*

Nondimeno, se il testatore ha ordinato che un legato sia soddisfatto in preferenza degli altri, allora il

---

iu dritto, che il legatario particolare è preferito al legatario universale, poichè questi è tenuto a soddisfare tutti i legati particolari, non è men vero però che nel fatto il legato universale è generalmente riguardato come un segno dell'affezione del testatore maggiore di quella, ch'ei mostra per i particolari legatarii. Sarebbe dunque contrario all'equità il gravare della soddisfazione delle legittime interamente colui che il testatore ha avuta intenzione di più gratificare.

Del resto per valutar come ed in qual proporzione il legato universale debb'essere ridotto, bisogna cominciare dal determinar il valore ch'esso avrebbe prodotto se non vi fosse stato alcun legittimario, lo che si fa deducendo dalla massa della successione la totalità de' debiti, pesi, legati, ec. Il rimanente forma l'ammontare reale ed effettivo del legato universale; ed è a ragion di questo ch'egli dee contribuire. *Esempio*:

Pietro ha istituito un legatario universale, e fatto varii legati particolari in quarantamila franchi; ne lascia centomila di beni, dieci mila di debiti, ed un figlio legittimo. La riserva dunque è della metà de' beni, deduzion fatta de' debiti, vale a dire, nella proposta specie, di 45000 franchi. Per conoscere la somma per la quale il legatario universale dee contribuirvi, si dedurrà dalla massa, la quale è, come dicemmo, di centomila franchi, l'ammontar de' debiti e de' legati, ch'è di 50000; ne restano altri 50000 che debbon esser considerati come la valuta del legato universale. Ora, 50000 franchi sono a 90000, somma della massa dedotti i debiti, come cinque a nove. Il legatario universale pagherà dunque le cinque none della legittima, o 25000 franchi, e li 20000 rimanenti saran soddisfatti dai legatarii, particolari, ciascuno per la rata del suo rispettivo legato.

Ma riflettete, che se vi sono legati di corpi certi, l'erede che ha dritto alla riserva non può prendere la sua legittima sulla massa della successione abbandonando il resto ai legatarii per dividerselo alla meglio. Ciascun legato conserva sempre la sua particolare natura. Il legatario d'una casa ha dritto a domandar la casa, ec.; soltanto l'erede ha dritto di far subire a ciascun legatario una riduzione proporzionale sull'oggetto legato.

Quid, se vi siano legati condizionali? Si dee agire come se essi non esistessero, ed i legatarii puri e semplici debbono dar cauzione di restituire quel che avranno ricevuto di troppo, se le condizioni vengono a realizzarsi.

Quid, a riguardo de' legati di cose indivisibili? Essi debbon esser consegnati in intero, salvo ai legatarii di pagare in danaro, e giusta l'apprezzo, il valore della porzione che avrebbe dovuta esser risecata.

sendo del numero degli eredi a'quali la legge accorda una riserva, egli non ha verun mezzo onde far eseguire una riduzione sui legati particolari; anzi neppure si sa la quota di tal riduzione, di modo che può dirsi sotto questo rapporto, che il legato universale, quanto al suo risultamento, è veramente eventuale.

contributo non cade che sopra le altre disposizioni; ed il legato preferito non soggiace a riduzione se non quando 927 il valore intiero degli altri non sia sufficiente a compir 844 la riserva.

Se egli non fece che donazioni tra vivi (72), si forma la massa, e se ne deducono i debiti, come nel caso precedente (73); si riunisce in seguito per finzione

Ma riflettete che sotto questo rapporto si debbono riguardar come indivisibili le cose che non sono divisibili se non coll' intelletto. Vedete qui appresso al Titolo *delle obbligazioni convenzionali in generale*.

(72) Debbonsi con ciò intendere tutte le disposizioni dirette o indirette che hanno per oggetto di far passare al terzo una parte de'beni di colui che dee la legittima prima della morte di quest' ultimo.

Quid nel caso seguente?

Un padre ammogliando suo figlio lo dichiara franco e libero da debiti. Il figlio avea de' debiti prima del matrimonio, che sono stati pagati mentre vivea: all'epoca della sua morte la di lui successione essendo insolvibile, la vedova ricorre contra il suo suocero per essere indennizzata di tutto il pregiudizio che gli ha cagionato il pagamento de'debiti di cui suo marito era gravato nell' epoca del contratto di matrimonio. (art. 1513 † T). Ciò che il padre ha pagato alla vedova in seguito di questa azione debb' essere riguardato come donato, ed entrare per consegnenza nel computo de' beni per fissare la legittima? Sulle prime, è certo che riguardo alla vedova questa non è una disposizione a titolo gratuito, poichè il pagamento che l'è stato fatto non era che l'adempimento dell' impegno contratto dal padre verso di lei e l' indennità del pregiudizio ch'essa avea sofferto. Ma, riguardo al figlio, è certo che la disposizione è a titolo gratuito, come lo sarebbe una fidejussione fatta dal padre, in seguito della quale fosse obbligato a pagare il debito del figlio. Dall' altro lato, noi supponiamo che il figlio abbia lasciato una successione insolvibile. In questo stato di cose, bisogna vedere se costui abbia lasciato figli che abbiano dritto a reclamar una legittima a nome del loro padre sui beni del di loro avolo: ed in questo caso, come vi è luogo a compensazione, e non è insolvibile colui che può compensare, la somma pagata dal padre alla vedova sarà portata nella massa, sino alla concorrenza di quello che i rappresentanti del figlio potranno reclamare per la di lui legittima. Se nulla essi hanno a reclamare si applicherà ciò che dirassi nella seguente nota 78 pag. 80, pel caso d' insolvibilità del donatario la di cui donazione sia riducibile.

(73) L'art. 922 † 839 sembra dire che i debiti debbon essere dedotti sulla massa de'beni lasciati all' epoca della morte, riuniti ai beni donati. Ciò non è esatto (*a*); essi debbon essere dedotti solo dai

(*a*) *Il nostro Autore si contenta di non trovare esatta la redazione dell' art.* 922 † 839; Toullier, *l. c. n.* 140, *trova risultare dalla sua disposizione la singolarità che l' erede donatario venendo a succedere, i mobili ch' egli conferisce prendendo meno son valutati secondo il loro valore all' epoca della donazione; e s' egli rinunzia*

al sopprappiù, se ve n' ha, l' ammontare dei beni donati, calcolati secondo il loro stato all' epoca delle donazioni, ed il loro valore al tempo della morte del donante (74).

922
839

---

beni esistenti alla morte. Il risultamento è sicuramente lo stesso quando l' attivo eccede il passivo; ma non sarebbe così nel caso contrario. In fatti, se noi supponiamo che un padre abbia donato trentamila franchi, e che lasci un attivo eguale a quaranta mila, con venti mila franchi di debiti, ed un solo figlio, egli è indifferente che si deduchino prima i debiti dall' attivo, e si riunisca l' eccedente ai beni donati, o si cominci dal riunire i beni lasciati ai beni donati, e che dall' insieme si deducano i debiti; vi resterà sempre una somma di cinquanta mila franchi la di cui metà apparterrà al figlio. Ma supponiamo il caso seguente.

Un padre ha donato vivendo cinquanta mila franchi; egli ne lascia cinquanta mila di beni e cento mila di debiti, ed un solo figlio. Se si seguisse giudaicamente ciò ch' è prescritto nell' art. 922, bisognerebbe riunire i beni esistenti ai beni donati, totale cento mila franchi, da' quali detratti i debiti importanti cento mila, resterebbe zero; ed in conseguenza il figlio non avrebbe legittima: il che sarebbe assolutamente contrario all' art. 913 † 829 che porta non potere le liberalità eccedere la metà de' beni del disponente, quando lascia un figlio legittimo. Bisognerà dunque nella specie considerare i beni lasciati come zero, ed i beni donati come formanti essi soli la massa, di cui l'unico figlio prenderà la metà. La sua legittima sarà allora di venticinque mila franchi.

(74) Questa frase ha bisogno di spiega. In generale quando si tratta di ridurre le donazioni, si considerano i beni donati come se non fossero usciti dalle mani del donante. In questa ipotesi, e se fossero essi tuttora nella sua successione, essi vi sarebbero per quel che valgono all' epoca della morte. È dunque questo solo valore che dee calcolarsi. Quanto al loro stato, bisogna, diceși, non considerare che quello ch' essi avevano all' epoca della donazione, vale a dire, che bisogna fare astrazione di tutti i miglioramenti e deteriorazioni ch' abbian potuto provare dopo l' epoca della donazione pel fatto del donatario o de' suoi aventi causa. *Esempio.*

Un padre ha donato fra vivi una casa. Il donatario vi ha fatto dipoi considerabili aumenti. Se vi è luogo a calcolare la riserva, la

per conservare il suo dono, questi stessi mobili non sono apprezzati che secondo il loro valore all' epoca della morte. Donde risulta una bizzarria ancor più grande, ed è che i mobili della stessa donazione possono esser valutati in due maniere diverse; per esempio, se la donazione fatta in mobili con prelegato ed anteparte ad uno de' figli si trova eccedere la porzione disponibile bisognerà primieramente apprezzarli secondo il loro valore alla morte del donante, per vedere se vi è eccesso: e dopo che il figlio donatario avrà ritenuto su questa tassa la porzione disponibile, il dippiù ch' egli è obbligato a conferire nella successione sarà valutato secondo il suo valore all' epoca della donazione.

casa non sarà valutata che in riguardo a ciò ch'era nell'epoca in cui fu donata, indipendentemente da tutti gli aumenti fatti dopo; ma quanto al suo valore, si considererà l'epoca della morte, vale a dire che se questa casa situata sul limite d'una pubblica strada all'epoca della donazione valeva allora per tal motivo cinquanta mila franchi, e che per l'occasione del cambiamento della strada i beni situati nella stessa posizione sono diminuiti della metà del loro valore, essa non non sarà portata nella valutazione che per venticinque mila franchi, perchè effettivamente non avrebbe che questo valore se fosse rimasta nella successione. Sarebbe lo stesso, in senso inverso, se il valore fosse aumentato nell'intervallo.

La stessa disposizione dee aver luogo, sia che il donatario possegga ancora la casa, sia che l'abbia alienata, e qualunque siasi in quest'ultimo caso il prezzo che ne abbia ricevuto; e per la stessa ragione, se la casa sia perita per caso fortuito dopo l'alienazione, sarà riputata perita per la successione, e non entrerà nel calcolo della legittima nè pel suo valore nè pel prezzo che ne ha ricevuto il donatario. (arg. tratto dall'art. 855 † 774) (*a*).

Quid, se il donatario sia egli stesso legittimario? Io penso che se la cosa sia perita per caso fortuito, non si potrà imputargliene il valore sulla sua legittima. Noi abbiam di sopra veduto che non vi ha luogo ad imputare se non ciò che fosse soggetto a collazione. Ora secondo il citato art. 855 la casa perita fortuitamente non sarebbe soggetta a collazione. Ma neppure il valore di questa casa sarà calcolato per comporre la massa, ed in conseguenza stabilire l'ammontar delle legittime. Quindi, sia una casa del valore di trenta mila franchi donata da un padre al suo figlio: essa perisce per caso fortuito. Il padre muore, lasciando trenta mila franchi nella sua successione, ed un legatario universale. Si reputerà la successione composta unicamente de' trenta mila franchi esistenti, sui quali il figlio potrà reclamare quindici mila franchi a titolo di legittima. Ciò è sempre per lo stesso principio. Se la casa non fosse stata donata, se fosse rimasta nelle mani del donante, sarebbe perita egualmente per lui, e la successione non sarebbe stata composta che de' trenta mila franchi, ammontar degli altri beni ec.

Per la stessa ragione, quand'anche il donatario avesse alienata la casa prima della perdita, non si potrebbe obbligarlo ad imputare sulla sua legittima il prezzo che avesse ricevuto dall'alienazione.

Queste parole, *tempo della morte*, indicano ancora che non deb-

(*a*) *Aggiungete che l'erede il quale sia nel tempo stesso legatario in antiparte della porzione disponibile, può bensì esigere dal suo coerede donatario la collazione de' beni donati per far determinare la quota della sua parte virile come coerede, ma non per determinare la quota del suo legato della porzione disponibile. Questa quota disponibile si calcola solamente sui beni esistenti nella eredità. Decis. della corte di cassaz. franc. del* 30 *dicembre* 1816. — Sirey. . . . 17. 1. 153.

riserva; e se i beni che rimangono nella eredità non

besì avere alcun riguardo all' aumento o diminuzione anche intrinseca che i beni donati abbiano avuta dopo la morte del donante; perchè il legittimario essendo investito dall' epoca della morte, bisogna da quest' epoca partire per valutar la sua legittima. Se dunque in questo momento vi era nella successione di che completarla, egli non ha azione contra i donatarii, qualunque sia l' aumento che i beni donati, o qualunque sia la diminuzione che i beni esistenti abbiano di poi provata. *Esempio.*

Un padre ha donato fra vivi una casa del valore di trenta mila franchi. Egli muore lasciando un figlio unico, e trenta mila franchi di beni. Dopo l' apertura della successione, per effetto di circostanze meramente accidentali ed indipendenti dal fatto del donatario, il valore della casa è aumentato di dieci mila franchi; il legittimario non potrà nemmeno far subire alcuna riduzione al donatario, perchè avea la sua riserva completa all' epoca della morte. Per la stessa ragione, se i trenta mila franchi di beni esistenti si trovano ridotti a venti mila per effetto di avvenimenti sopravvenuti dopo la morte, la donazione non sarà meno al coverto di ogni domanda di riduzione, perchè in generale tutti gli aumenti o diminuzioni sopravvenute dopo la morte sui beni esistenti e destinati al compimento della legittima, sono per conto dell' erede, l. 30, ff. *ad leg. falcid.*

Vi è ciò non ostante un caso in cui l' aumento o la diminuzione intrinseca sopravvenuta dopo la morte giova o nuoce al legittimario: ed è quando vi è luogo a riduzione, e ch' essa debb' esser fatta sull' oggetto aumentato o deteriorato; poichè la riserva dovendo esser data in corpi ereditarii, vale a dire, il donatario essendo obbligato a restituire in natura al legittimario tutto o parte degli oggetti ricevuti, ne seguirà che costui profitterà per la parte che gli ricade dell' aumento che l' oggetto ha ricevuto, come sarà obbligato a soffrire nella stessa proporzione quello in cui sarà diminuito. Quindi, continuando il caso precedente, se noi supponiamo che il padre in vece di lasciare trenta mila franchi alla sua morte non ne abbia lasciati che venti mila; la donazione dovrà essere ridotta di un sesto. Il figlio dunque diventerà proprietario d' un sesto della casa donata; e per conseguenza profitterà di un sesto dell' aumento, come soffrirà per un sesto la diminuzione occorsa nella casa. Ma se questa fosse stata venduta dal donatario, e costui fosse solvibile, siccome allora il legittimario non può reclamare una parte nella casa, ma soltanto nel valore che aveva all' epoca della morte, ne risulta che l' aumento o la diminuzione sopravvenuta dopo la morte non potrà profittargli nè pregiudicargli.

Quid riguardo agli aumenti sopravvenuti dopo la morte, ma *ex causa antiqua*, vale a dire, provvegnenti da una causa anteriore alla morte; *puta*, se un debitore insolvibile sia divenuto solvente, se la condizione apposta ad un obbligo contratto a vantaggio della successione venga a realizzarsi ec.? In questi ed altri simili casi, *augmenti causa et origo sunt in hereditate*; l' aumento che ne risulta dee dunque far parte della successione, l. 56, §. *ad leg. falcid.*

Quid, riguardo ai frutti percepiti dopo la morte? Essi appartengono all' erede, e non sono computati nella massa dell' eredità: l. 30.

bastano a compierla, si procede alla riduzione, comin-

---

ff. *eod.* È solo l'epoca della morte che bisogna considerare per determinar la quantità e 'l valore de' beni esistenti. Bisogna nondimeno eccettuare i frutti che provengono dalle cose legate a termine o sotto condizione, e che siansi percepiti dopo la morte sino all'avvenimento del termine o della condizione, *quia ex judicio defuncti percepti videntur*; l. 22, §. 2, ff. *ad Senat. Trebel.*

Quanto ai frutti pendenti all'epoca della morte, essi aumentano la massa della successione, nel senso che un podere coverto ha dovuto esser valutato più che un podere interamente nudo, l. 9, ff. *ad leg. falcid.*

Riflettete che la disposizione ai termini della quale gli oggetti donati debbon esser valutati pel computo della legittima giusta il valore che hanno all'epoca della morte, è generale, e si applica alle donazioni de' mobili come a quelle degl' immobili; lo che è difficile a conciliare coll' art. 868 † 787, che vuole in materia di collazione che i mobili donati siano valutati secondo il loro prezzo al momento della donazione. Io ho di già fatta questa osservazione nella nota 254, tom. 4, p. 198. Si può dare per motivo della differenza, che l'azione per la riduzione potendo aver per effetto il ridurre le disposizioni tra vivi, e quindi rivocare delle proprietà forse già antiche, si è creduto dover applicare in tutta la sua latitudine la finzione secondo cui si suppongono gli oggetti riuniti alla massa della successione. Ora in questo caso essi non avrebbero aumentata questa massa che del valore che avevano all'epoca della morte. Nell'articolo 868 al contrario trattasi dell'obbligo di mettere in collazione, il di cui motivo, senza dubbio molto favorevole, è di mantener l'eguaglianza fra i coeredi, e che d'altronde non ha effetto contra i terzi. Si è dunque potuto applicar senza timore il principio secondo il quale in materia di mobili il possesso vale per titolo, e decidere in conseguenza che il donatario de' mobili sia stato proprietario incommutabile dall' istante della donazione, e quindi che tutti i rischi dopo quest' epoca han dovuto essere sul suo conto.

Ma la disposizione dell' art. 922 † 839 si applicherebbe alle donazioni di cose fungibili: se, per es., si fosse donato cento staja di grano ad un' epoca in cui il grano valeva ventiquattro franchi lo stajo, e che fosse valuto quaranta nell' epoca della morte, la donazione sarebbe calcolata per due mila quattrocento franchi, o per quattro mila? Io penso ch' essa dovrebb' essere calcolata per due mila quattrocento franchi, e ciò per lo stesso principio che ci ha sinora guidati. Quando si tratta d' una cosa non fungibile, può suppórsi che se essa non fosse stata donata, sarebbe rimasta nelle mani del donante, e che vi si sarebbe trovata in morte del medesimo pel valore che allora aveva. Ora non si può far la stessa supposizione per una cosa fungibile destinata necessariamente ad esser consumata e venduta, e che non si può supporre aver dovuto rimaner nelle mani del donante (*a*).

(*a*) *La legge non fa alcuna distinzione tra mobili ed immobili; anzi essendosi proposto nel Consiglio di stato di valutarsi i mobili*

ciando dall' ultima donazione, esaurendola pure s'è d'uopo, ed in caso di insufficienza, risalendo gradatamente per ordine di date dalle ultime alle più antiche (75). 923. 840

In terzo luogo finalmente, se esistono insieme disposizioni tra' vivi e testamentarie, si riunisce come sopra la somma dei beni donati tra' vivi a quelli che esistevano al tempo della morte, dedotti i debiti. Conformemente a questa massa si determina l' ammontare della riserva, e se i beni liberi non bastano per completarla,

---

(75) Riflettete che qui la riduzione non si fa per contributo, come pei legati; e ciò per due ragioni: la prima, perchè sono realmente le ultime donazioni che hanno intaccata la legittima; e la seconda, perchè ciò sarebbe somministrare al donante un mezzo per rivocare le prime donazioni, facendone altre posteriori; lo che è contrario al sistema d' irrevocabilità stabilito riguardo alle donazioni tra vivi, come lo vedremo nel seguente capitolo. Non può dirsi altrettanto dei legati che hanno tutti la stessa data, quella della morte, e che debbono in conseguenza contribuire proporzionalmente.

I beni donati dal padre per la formazione d'un maggiorato sarebbero soggetti a riduzione? Sì (art. 40 del decreto del primo marzo 1808, *Bull.* n. 3207). Ma io penso che in questo caso la costituzione d' un maggiorato debb' essere riguardata come una donazione tra vivi, non riducibile che nell' ordine della sua anzianità (*a*).

Del resto sembra, secondo il testo del detto articolo, che la riduzione non potrebbe aver luogo sui beni che fossero stati donati dal Re per la dotazione di un titolo.

Nota. Venne giudicato dalla corte di cassazione nel 9 luglio 1817, che la disposizione di questo articolo sui maggiorati doveva essere applicato anche alle donazioni simulate. Nel sistema da noi precedentemente stabilito nella nota 3 a questo titolo p. 4, egli è chiaro che questa quistione non avrebbe alcun oggetto.

secondo il loro valore al tempo delle donazioni giusta lo stato estimativo annesso all' atto, come nel caso delle collazioni tra' coeredi avea stabilito l' art. 868, e non secondo il loro valore all' epoca della morte, ci assicura il Maleville, sull' art. 922, essersi tal distinzione rigettata. È vero che ciò non è senza inconveniente che sembra contenere delle ingiustizie; e Toullier *rapporta due casi nella nota 1 al num. 139 che palesemente lo dimostrano. Comunque sia, non bisogna arrestarsi per tal motivo; quando la legge è chiara, deesi eseguire.*

(*a*) *Lo stesso è tra noi. Il majorasco non può eccedere la porzione disponibile (art. 955); se i figli non trovassero l' intera loro porzione legittima, il majorasco vien ridotto per completarla, e se non vi rimane la rendita stabilita dalla legge, verrà ipso jure disciolto (art. 958); come abbiam fatto meglio conoscere nel Trattato pubblicato per questa materia.*

925 la riduzione cade da prima esclusivamente sulle disposi-
842 zioni testamentarie per contributo, se occorre; e non
è che dopo averle totalmente esaurite che si possono im-
923 pugnare le donazioni tra' vivi, riguardo alle quali si os-
840 serva la norma indicata pel secondo caso (76).

Stabiliti questi principj, rimane a far conoscere gli effetti della riduzione, e le diverse azioni che il legittimario può esercitare a questo proposito. È massima ge-
828 nerale su questa materia, che il legittimario è investito,
747 dal momento della morte del donante o testatore, del
930 possesso di tutti gli oggetti che debbono comporre la sua
847 riserva (77); in conseguenza nulla di più semplice che

(76) Riflettete che relativamente all'azione per riduzione debbonsi assimilare interamente alle donazioni fra vivi propriamente dette le *instituzioni contrattuali*, le donazioni de' beni futuri per contratto di matrimonio, in una parola, tutte le disposizioni fatte con atti irrevocabili. Quindi, 1. esse non possono essere impugnate, se non dopo che siano state esaurite tutte le disposizioni testamentarie; 2. deesi a loro riguardo seguire l'ordine di epoca.

Quid, se vi fosse donazione di beni futuri, ed una donazione posteriore de' beni presenti? La ragion di dubitare si è che quest' ultima mette il donatario nel possesso de' beni che ne sono l'oggetto, mentre la prima al contrario non gli dà che il dritto di reclamare i beni che si troveranno esistenti alla morte. Sembrerebbe dunque che la donazione de' beni presenti, tuttochè posteriore, dovrebb' essere preferita. Ma la ragion di decidere si è, che ai termini dell'art. 1083 † 1039 la donazione de' beni futuri può essere in verità intaccata da disposizioni a titolo oneroso, ma non mai da quelle a titolo gratuito, eccettochè per piccole somme a titolo di ricompensa o altrimenti. Se dunque la donazione posteriore non può essere allegata in quest'ultima classe, essa non ha potuto esser fatta in pregiudizio della prima, la quale in conseguenza le debb' essere preferita.

Quanto alle donazioni fra vivi, ma rivocabili, come sono quelle fatte tra i conjugi durante il matrimonio, io penso che bisogni applicar ciò ch' è detto di sopra nella nota 54 p. 52 in fine, e decidere 1. che se si trovan esse in concorso con altre donazioni irrevocabili, queste debbon esser preferite, senz' alcun dubbio, se sono anteriori; 2. che debba esser lo stesso, quando fossero posteriori, a meno che non risulti dalle circostanze la pruova che, facendo queste donazioni, il conjuge non ha inteso di rivocar quella che avea precedentemente fatta al suo conjuge; 3. che bisogna seguire l'inversa, se la donazione fatta al conjuge concorre colle disposizioni testamentarie. Se queste disposizioni sono anteriori, la donazion debb' esser preferita; *secus* se sono esse posteriori, e salva la presunzione stabilita nel caso precedente. È massima che di due disposizioni egualmente rivocabili, *posterior derogat priori.*

(77) E ciò che lo pruova si è ch' egli ne ha i frutti dal giorno della morte.

l' esercizio del suo dritto riguardo a ciò che concerne le disposizioni testamentarie. Siccome gli oggetti trovansi tuttora nella eredità, così l' effetto della riduzione è di annullare i legati fino alla debita concorrenza, ed i legatarj sono considerati non avere avuto alcun dritto sopra gli oggetti compresi nella riserva.

La riduzione delle donazioni tra' vivi non presenta molto maggiore difficoltà, allorchè non hanno per oggetto che effetti mobili: siccome in generale i mobili non portano veruna ipoteca, e che quindi il legittimario non può esercitare alcuna azione contro i terzi detentori, così egli non ha, nel caso della riduzione, che una semplice azion personale contro il donatario per la somma necessaria al compimento della riserva (78).

---

(78) *Quid*, se l' ultima donazione sia di danaro contante, e'l donatario sia insolvibile, la perdita sarà essa pel legittimario? Io nol penso. Gli altri donatarii saranno dunque sussidiariamente tenuti; ma però i beni donati all' insolvibile non saranno computati pel calcolo della legittima. Ciò è fondato sul motivo che in generale il donatario è riputato tenere il luogo del donante, e rappresentarlo. Se il donatore avesse dissipato i beni, essi non esisterebbero nella sua successione; essi non sarebbero dunque calcolati, e la legittima si prenderebbe sulle donazioni precedenti che fossero allora le ultime.

LEBRUN è di altro parere (*delle Successioni* lib. II, cap. 3, sez. 8 n. 25): egli pretende che si debbono mettere a conto i beni donati all' insolvibile, e che la legittima, calcolata in conseguenza, debba esser presa per intero sui donatarii anteriori, salvo il loro regresso contra il donatario insolvibile. Ma questo autore non ha riflettuto che bisognava ben distinguere il caso in cui la donazione consiste in immobili, e quello in cui essa è unicamente composta di effetti mobili, o di danaro contante. Nel primo caso, sono realmente gli oggetti donati che si riuniscono alla massa de' beni esistenti, poichè in caso di bisogno il legittimario avrebbe ancora l'azione reale contra i terzi detentori; ma quando la donazione è di danajo effettivo, la successione, o i legittimarii che la rappresentano, non avendo in tutti i casi che un'azione personale contra il donatario, non possono che soltanto riunire questa azione ai beni esistenti; dunque quando quest' azione è nulla per l' insolvibilità del debitore, non vi è nulla da riunire: e la legittima non debb' esser calcolata che astrazion fatta dei beni donati all' insolvibile (*a*).

(*a*) *Grenier, loc. cit. num.* 632, *sostiene in contrario l' opinione di Lebrun, e senza la modificazione, portatavi da Pothier eseguita da Levasseur non meno che da Malleville, pel principio che l'erede per la sua riserva non dee risentir danno dalla insolvibilità sopravvenuta di uno de' donatarii: vuole però collo stesso Lebrun che non possa*

Ma quando la riduzione cade su donazioni tra' vivi di oggetti immobili, allora, siccome i donatarj non hanno avuto sopra gli oggetti donati che un dritto di proprietà risolvibile, dritto ch' essi hanno potuto nondimeno trasferire o ipotecare, ma tale quale lo avevano eglino stessi acquistato, così l' effetto della riduzione diventa più complicato, perocchè l' interesse de' terzi può trovarvisi compromesso.

Noi osserveremo da prima che qui si ritrova la distinzione che noi abbiamo già fatta tra gli acquirenti e quelli che non hanno sopra gli oggetti donati che un semplice dritto d' ipoteca.

In fatti se i beni da ricuperare in forza della riduzione trovansi ancora nelle mani del donatario, essi vengono ripresi liberi da tutti i debiti od ipoteche imposteví da quest' ultimo (79); ma se sono stati alienati, fa d' uopo distinguere: se l' alienazione non è stata che

929
846

Ma *quid*, se sia appunto il primo donatario l' insolvibile, bisognerà far entrare nella massa la donazione che gli è stata fatta, e calcolare in conseguenza la riduzione che dee soffrire il secondo donatario? Io penso che sì; la ragione della differenza col caso precedente è, che qui il rimettere la prima donazione alla massa non è che fittizia, ed unicamente per istabilire l' ammontare della riserva Come noi supponiamo che questa prima donazione non è nel caso di essere ridotta, la successione non ha alcun' azione contra il primo donatario. Non può dunque applicarvisi il ragionamento contenuto nel paragrafo precedente, e l' insolvibilità di questo primo donatario è una cosa assolutamente indifferente. Al contrario, nel caso d' insolvibilità del donatario sottoposto a riduzione; egli è come se la successione fosse proprietaria di un credito contra di lui; come se, in una parola, in luogo di essere donatario egli fosse debitore: ora i crediti non debbon essere calcolati nella massa, se non per ciò che realmente valgono.

(79) Diversamente di quelle che fossero state costituite dal donante, e che fossero ancora sussistenti. Egli è evidente ch' esse non sono affatto annullate.

Del resto la disposizione che annulla le ipoteche costituite dal donatario, ed anche sussidiariamente le alienazioni da lui fatte, è fondata sul motivo che ogni donazione si reputa fatta sotto condizione di soddisfare la legittima, se occorra, ai figli del donante. Ora questa condizione si attacca ai beni in qualunque mano che passino. Il donatario non ha potuto concedere maggior dritto di quel ch' egli aveva.

dirigersi all' altro donatario se non dopo aver discusso quello insolvibile; e conclude che questa opinione sia uniforme allo spirito che ha regolato la redazione dell' art. 930 † 847 del Cod. civile.

parziale, la riduzione dee cadere prima sopra gli oggetti rimasti nelle mani del donatario (80); in caso d'insufficienza, oppure se la totalità de' beni è stata alienata, allora l'azione per riduzione o rivendicazione può essere esercitata contro i terzi detentori, giusta l'ordine di data delle alienazioni (81), cominciando dalla più recente, ed i beni sono egualmente ripresi liberi da ogni ipoteca; ma anche in questo caso, e sempre colla mira di favorire gli acquirenti, si esige che il legittimario si contenti della somma necessaria per completare la sua riserva, se il donatario è in istato di somministrarla, e che egli non possa rivolgersi ai terzi senza escutere preliminarmente i beni del donatario medesimo (82). 930 847

In ogni caso, siccome il legittimario è in possesso dal giorno della morte, in conseguenza i frutti o gl'interessi di ciò che eccede la porzione disponibile (83) gli

(80) Questa disposizione è presa dalla l. 3, §. 3, ff. *ad Senat. Trebell.* Essa è d'altronde conforme allo spirito generale del Codice che favorisce per quanto è possibile la circolazione de' beni.

(81) Perchè sono le ultime alienazioni che hanno impedito che rimanesse nelle mani del donatario di che completare la riserva.

(82) In quale spazio di tempo l'azione per riduzione sarà prescritta? In trent'anni, anche a riguardo de' terzi detentori. Qui non si tratta di prescrivere la proprietà, ma di estinguere l'azione revocatoria che appartiene ai legittimarii. (Argomento tratto dall' art. 966 † 891, e veggasi in seguito di questo Titolo la nota 176). Questi trent'anni corrono dal giorno della morte, e senza pregiudizio delle interruzioni e sospensioni di dritto, vale a dire che se i legatarii sono minori, li trent'anni non corrono che dal giorno della loro maggiore età, ec.

Dall'essere obbligato il legittimario di contentarsi del valore della sua legittima o del compimento di essa in danajo, quando i beni non sono più nelle mani del donatario, mi sembra che possa concludersene che nel caso di alienazione degli stessi beni fatta da coloro che l'hanno acquistati dal donatario, e se quest'ultimo si trova insolvibile, i primi acquirenti possono impedire l'evizione de' secondi, offrendo il compimento della legittima in numerario. Vi è assolutamente la stessa ragione per così decidere.

(83) E ciò quand' anche il donatario ignorasse la morte di colui su' beni del quale è dovuta la legittima. Questa è un'eccezione al principio secondo il quale il possessore di buona fede fa suoi i frutti. Siccome bisognava conciliar questo principio con quello secondo il quale il legittimario è investito del possesso al momento della morte, si è dovuto far cedere l'interesse del donatario a quello del legittimario, che è molto più sacro; tanto maggiormente che da ciò non può risultarne che la restituzione di un'annata di frutti al più, mentre se la domanda non è fatta dentro l'anno i frutti non sono dovuti che dal giorno della detta domanda.

sono da tal giorno dovuti, purchè però egli produca la
928 domanda di riduzione entro l'anno; altrimenti essi non
845 gli sono dovuti che dal giorno della domanda (84).

(84) Quando la domanda per la riduzione non è stata formata nel l'anno il donatario ha dovuto credere che il legittimario aveva trovato sia nella successione, sia altrove, di che completar la sua legittima. Allora il principio che fa guadagnare i frutti al possessore di buona fede riprende tutta la sua forza e la sua applicazione.

Quid, se i beni sono stati alienati, e che la domanda per la riduzione sia fatta contra il terzo detentore, da qual tempo dovrà egli i frutti? La quistione avrebbe potuto presentare molto maggiore interesse anticamente, poichè non conoscevasi la distinzione stabilita dal Codice tra il caso in cui la domanda fosse formata nell'anno, a quello in cui fosse fatta dopo dell'anno. Presentemente che tal distinzione è ammessa, la quistione non è presso a poco così importante. Alcuni autori pensano che nella specie proposta il terzo non dee i frutti che dal giorno della domanda, anche quando siasi fatta dentro l'anno dal dì della morte, salvo il regresso del legittimario contra il donatario stesso per i frutti scaduti dal giorno della morte sino a quello della domanda. A me sembra che questa opinione non possa conciliarsi col principio il quale vuole che non prescrivasi l'azione per la riduzione anche contra i terzi, se non per lo scorrere di trent'anni. In fatti questa decisione è fondata sul motivo che la donazione vien riputata fatta sotto una condizione risolutiva, e che questa condizione segue i beni in qualunque mano che passino, senz'alcuna distinzione. Quando dunque la condizione si verifica, essa dee avere lo stesso effetto, qualunque sia la persona che tenga l'oggetto. I frutti debbono dunque essere restituiti dal terzo detentore come lo sarebbero dal donatario (*a*).

Quid, se per l'effetto della riduzione si trova la donazione annullata soltanto in parte? Allora vi è luogo a divisione tra il donatario e 'l legittimario, secondo le regole stabilite per le divisioni ordinarie, egualmente che per l'azione di garentia tra di essi. Ma bisogna osservare riguardo alla garentia, ch' essa non dee punto esercitarsi pel valore totale dell'oggetto evitto; poichè essendo stata evitta la cosa, egli è evidente che essa non faceva parte della successione, e che per conseguenza la legittima era stata calcolata più del giusto. Dee dunque esercitarsi sul valore dell'oggetto evitto, fatta deduzione di una parte proporzionata a quella ereditaria del legittimario. Se, per esempio, il legittimario è un figlio unico, avendo per conseguenza dritto ad una riserva della metà de' beni, e ch' egli soffra l'evizione d'un oggetto del valore di quattro mila franchi, egli non potrà re-

(*a*) *Può sorgere la quistione, dice lo stesso Grenier l. c. num. 633, se la domanda per la riduzione formata solamente contro al donatario ed ignorata da chi ha acquistato da lui possa dar luogo contro costui alla restituzione de' frutti, come contro lo stesso donatario. Ed io credo doversi decidere per la negativa. Sempre che il terzo detentore ha ignorata la domanda, egli ha goduto in buona fede: in tal caso potrebbe agirsi per tai frutti contro al donatario.*

Se la donazione riducibile è di un usufrutto o d'una rendita vitalizia, allora per evitare gl' impacci di una stima, sempre difficile in questo caso, il legittimario è tenuto o di eseguire intieramente la disposizione, o di abbandonare al donatario il valore della quota disponibile in tutta proprietà (85). 917 833

---

clamare che per due mila: poichè dall'aver egli sofferto l' evizione si deduce che l'oggetto non apparteneva al defunto; esso dunque non ha dovuto esser compreso nella massa della successione, nè entrar nel calcolo della legittima. La massa dovea dunque esser di quattro mila franchi di meno, e per la stessa ragione la riserva dovea diminuire di due mila franchi, di cui dee il legittimario tener conto; ma come dall' altro lato egli ha sofferta una perdita di quattro mila franchi, ne segue ch' egli può reclamarne soltanto due mila dal donatario.

Lo stesso dee aver luogo riguardo al donatario evitto, contra il legittimario.

(85) È principio di dritto che la legittima non può esser gravata di alcun peso. Da ciò concludevasi anticamente che se il defunto avesse disposto dell' usufrutto d'una porzione eccedente il disponibile, la disposizione doveva essere ridotta all'usufrutto del disponibile. La legittima, dicevasi, debb' essere franca di ogni peso; dall'altro lato aggiungevasi, non si può supplire alla volontà del donante che non ha voluto lasciare che un usufrutto. Il dono dunque debb' essere ridotto all' usufrutto del disponibile. Dicevasi del donatore: *non fecit quod potuit*, egli poteva lasciare il disponibile in proprietà, e non l' ha fatto: *fecit quod non potuit*; egli non poteva gravar la legittima, e l' ha gravata. La disposizione del nostro articolo è più conforme all' equità; poichè è certo poter accadere che il legittimario sia ampiamente ricompensato colla nuda proprietà del disponibile, della perdita che prova di tutto o di parte dell' usufrutto dell' indisponibile. D' altronde appartiene al legittimario solo a giudicare s'egli è leso, e se debba profittare della scelta che gli è stata accordata dall' art. 917 † 833 (*a*).

Quid, se vi sono più legittimarii, i quali non sono d' accordo? Io penso che ciascuno potrà prendere per la sua porzione il partito che meglio gli converrà.

L' art. 917 † 833 ha per oggetto di evitare le difficoltà che presenta la valutazione d' una rendita vitalizia o d'un usufrutto. Ma bisogna riflettere che quest' articolo non riceve la sua applicazione intera, se non quando unica sia la donazione della rendita o dell' usufrutto: ma quando ve ne sono altre, bisogna a parer mio distinguere.

Se la donazione dell' usufrutto è l' ultima, allora l' articolo può esser facilmente applicato. In fatti, o le donazioni anteriori sono eguali alla porzione disponibile, o la superano, o le sono inferiori. S' esse l' eguagliano o la superano, non vi è alcuna difficoltà: la do-

(*a*) *Rapporto all' estimazione de' beni nell' esercizio del dritto di riserva veggansi i casi semplificati da Levasseur nel suo Trattato della* porzione disponibile *num.* 74 e *seguenti.*

Nel terminare questo paragrafo non bisogna dimenticarsi due osservazioni importanti; la prima che il le-

nazione dell' usufrutto è interamente annullata. Se sono inferiori alla porzione disponibile, allora i legittimarii avranno la scelta, o di eseguire la disposizione nell' usufrutto, o di abbandonare in proprietà il restante della porzione disponibile.

Ma se la donazione consistente in rendita vitalizia o in usufrutto non è l'ultima, e che le donazioni anteriori non assorbiscono la quota disponibile, allora bisognerà ricorrere ad una valutazione per determinare la sorte delle posteriori donazioni. In fatti supponiamo una donazione di cinque mila franchi in proprietà, una seconda di ottocento franchi di rendita vitalizia, ed una terza di due mila franchi in proprietà; il defunto lascia due figli ed una eredità di ventisei mila franchi. Riunendo i beni donati in proprietà ai beni esistenti ne risulta una massa di trentatre mila franchi, il di cui terzo disponibile è di undici mila. Egli è dunque certo che la prima donazione non può esser impugnata. Ma per sapere se la seconda o la terza lo possono essere, bisognerà sicuramente valutar la seconda. Nulladimeno vi sarebbe forse ancora un mezzo per evitar questa valutazione, e sarebbe quello di far l'abbandono al terzo donatario di quattro mila franchi che fan co' due mila donatigli il resto del disponibile, deduzion fatta dell' ammontare della prima donazione, a condizion ch' ei soddisfarà la rendita vitalizia durante la vita del godente; s' egli ricusasse, allora confesserebbe con ciò che la rendita vitalizia di ottocento franchi eccede questo resto., e che per conseguenza la donazione fattagli debb' essere annullata. Egli sarebbe dunque tenuto di rimettere nella successione li duo mila franchi che gli sono stati donati; ed il legittimario avrebbe conformemente all' art. 917 la scelta o di somministrare la rendita, o di abbandonare li sei mila franchi al donatario che dee tal rendita conseguire.

Finalmente se la donazione dell' usufrutto o di vitalizio sia stata fatta col testamento congiuntamente ad altre disposizioni di proprietà, bisognerà pure valutare la prima per saper primieramente se il tutto eccede la porzione disponibile, e nel caso di affermativa, qual sia l' ammontar dell' eccedente. Io so bene che se non vi sono legati di corpi certi, il legittimario ha la facoltà di abbandonare ai legatarii in massa la totalità del disponibile, salvo ad essi di accomodarsi come giudicheranno convenevole; ma, in prima, questo abbandono, come abbiam detto, non può aver luogo quando vi sono de' legati di corpi certi; ed anche quando vi ha luogo, sussisterà sempre la difficoltà tra i legatarii, e bisognerà certamente in ultima analisi ricorrere alla valutazione della rendita o dell' usufrutto (*a*).

(*a*) *Sembra piuttosto che tanto nell' art.* 917 † 833, *che nell' art.* 612 † 537, *ed in ogni altra occasione il Codice abbia voluto evitare le difficoltà che presenta questa valutazione. Se l' avesse esatta, ne avrebbe indicate le regole sulle quali non si era d' accordo nell' antica giurisprudenza. Il valutarsi l' usufrutto per la metà del valore della proprietà è una disposizione finanziera stabilita per i diritti del*

gittimario è tenuto d'imputare sulla riserva che reclama, quanto egli ha ricevuto (86) diversamente che a titolo di antiparte o prelegato, da colui della cui successione si tratta (87);

E la seconda, che se la donazione tra vivi, soggetta a riduzione, è stata fatta ad un successibile che avrebbe avuto dritto di domandar la riserva, ma che ha rinunziato alla successione per attenersi alla donazione, egli può ritenere sopra i beni donati il valore della porzione di riserva alla quale avrebbe avuto dritto come erede, purchè però i beni ch' egli ritiene non sieno di una qualità più utile di quelli che restano per formare la parte degli altri legittimarj (88). 924 841

(86) Noi abbiamo già stabilito che si debbon seguire per l' imputazione le stesse regole che per la collazione; vale a dire che il legittimario è tenuto ad imputar sulla sua legittima tutto quel che sarebbe obbligato di mettere in collazione, se venisse a divisione cogli altri coeredi. (Vedete la nota 232 tom. 4 p. 183).

(87) Noi abbiam visto in fatti nelle note 222 e 223 nel tom. 4 pag. 173 e 175, che le donazioni fatte ad un legittimario a titolo di prelegato o anteparte debbon essere imputate in prima sulla porzione disponibile, e 'l dippiù soltanto sulla legittima; ma bisogna per questo che il disponibile non sia esaurito con antecedenti donazioni, poichè il donante non ha potuto fare un' imputazione su d' una quantità che non più esisteva. La donazione sarebbe dunque in questo caso imputata sulla legittima. (V. la nota seg.).

(88) Altrimenti egli avrebbe maggior vantaggio de' suoi collegittimarii.

Del resto in questo art. 924 † 841 il legislatore ha voluto stabilire tre cose:

La prima, che se è necessario di essere erede per domandar la riserva per via di azione, non vi è di ciò bisogno per ritenerla per via di eccezione. Ciò si deduce da queste parole, *che gli spetterebbe nella qualità di erede*. L' articolo non dice *che gli spetta*, ma *che gli spetterebbe*. Questa espressione condizionale pruova che la cosa non

registro, che non può esser generale nè far legge tra i particolari. Se si applicasse al caso dell' art. 917 ne risulterebbero degl' inconvenienti come può vedersi in Toullier, l. c. n.° 142, il quale dimostra che avendo il Codice dato agli eredi la libera scelta, ha voluto evitare l' arbitraria valutazione degli usufrutti e delle rendite vitalizie.

Del resto veggasi quel che dice il Grenier, l. c. num. 638 e seguenti, sull' esercizio del dritto di riserva quando vi siano disposizioni in usufrutto o in rendite vitalizie, e quando vi siano state delle alienazioni sia col peso di rendite vitalizie, sia a fondo perduto, sia con riserva di usufrutto.

CAPITOLO II.

Delle donazioni tra vivi propriamente dette.

Noi aggiungiamo *propriamente dette*, perchè la donazione tra vivi in generale è quella che nel principio

esiste; ed è come se avesse detto *che gli spetterebbe se fosse erede*. Dunque egli non lo è. Questa era pure l' opinione degli antichi autori. (Vedi Ricard, *delle Donazioni*, par. 3, cap. 8, sez. 5, n. 978 e 979). Il roman dritto era egualmente conforme a questa dottrina (V. la Novella 92). Ciò non ostante si è giudicato nel senso contrario dalla corte di Bordò, che colla sua decisione del 30 gennajo 1816 dispose che il figlio donatario rinunziando alla successione non poteva ritenere che il disponibile, ed era privato di ogni parte nella riserva. Si produsse ricorso contra questa decisione, ma venne rigettato nell' 8 febbrajo 1818 (*Bullet.* n. 16), e l' arresto di rigetto contiene anche a tal proposito numerosi *considerando* (ve ne sono 25) che si limitano in riassunto a dire: che la dottrina contraria a quella della decisione di Bordò esisteva per verità nell' antico diritto, ma ch' essa non poteva conciliarsi col sistema generale del Codice attuale. Ma poichè l' una e l' altra corte non hanno rapportata alcuna autorità per giustificare quest' ultima assertiva: che tutte quelle da esse allegate provano che bisogna essere erede per domandare la riserva, nel che noi siamo perfettamente d' accordo: che esse non hanno in alcun modo risposto all' argomento perentorio tratto da quelle parole dell' art. 924, *che gli spetterebbe nella qualità di erede*: che secondo tutti i grammatici la voce *spetterebbe* dinota il condizionale presente, vale a dire un tempo indicante che una cosa che non è, sarebbe se tal' altra cosa esistesse: che queste parole *che gli spetterebbe nella qualità di erede* significano dunque nè possono altro significare, *che gli spetterebbe se fosse erede*; il che suppone evidentemente che nella specie dell' articolo, il successibile donatario non è erede; e che nondimeno l' articolo gli dà il dritto di ritirare la sua porzione nei beni non disponibili, o, ciò ch' è lo stesso, nella riserva; io confesso che queste due decisioni non mi han potuto far cambiar di opinione sulla proposta quistione, e che non persisto menò a sostenere la dottrina precedentemente enunciata, di doversi esser erede per reclamare la riserva o legittima per via di azione, ma che non è necessario ciò per ritenerla per via di eccezione: che vi sono molti altri casi ne' quali l' eccezione è accordata a colui che non avrebbe l' azione (art. 1235 † 1188, 1304 † 1258, 1965 † 1837, 1967 † 1839, ec.); che d' altronde, e generalmente in tutte le materie dell' antico dritto che si trovano regolate dal Codice, si dee presumere, a meno che non sia evidentemente provato il contrario, che i redattori del Codice abbiano intese le disposizioni delle novelle leggi nel senso delle antiche, perchè avendo l' antico diritto sotto gli occhi, non avrebbero ommesso, s' essi volevano abrogarlo, di manifestarne la formale intenzione, come l' han

richiede, per esser valida, il concorso del donante e del donatario; il che comprenderebbe le donazioni fatte,

---

fatto in molte circostanze; che nei numerosi motivi dell' arresto della corte di cassazione non vi esiste alcuna menoma pruova di questa intenzione dei redattori, ed in conseguenza nulla che possa determinarmi a cambiar d' opinione su questo punto. V. una decisione della corte di Parigi del 31 luglio 1821, riportata nel Sirey, 1822, par. 2. p. 104.

Il secondo principio stabilito nell' art. 924 si è che il legittimario il quale sia nel tempo stesso donatario e rinunziante può ritenere in prima la sua parte nella riserva, e che il dippiù, se ve n' ha, debb' essere imputato sul disponibile, siccome noi l' abbiam detto comentando l' art. 845 † 764. Se la porzione disponibile sia esaurita dalle donazioni anteriori, allora ei non può ritenere che la sua parte nella riserva (a).

In terzo luogo finalmente il legislatore ha voluto in quest' art. 924 prevenir l' inconveniente che avrebbe avuto luogo se si riduceva la donazione fatta al legittimario per obbligarlo a ricorrere in seguito contra i precedenti donatarii per la sua parte nella riserva. Egli era molto più semplice di lasciarlo tranquillamente godere, salvo ai legittimarii che non hanno completa la riserva d' impugnare le donazioni anteriori.

Quid, se la donazione anteriore sia di danaro effettivo, o di oggetti mobili, e che il donatario sia insolvibile? Applicate quel che noi abbiam detto nella precedente nota 78 p. 80. Non si conterà l'ammontar della donazione, e sarà data l' azione per la riduzione contra il donatario anteriore all' insolvibile, se ve ne sia, altrimenti contra lo stesso legittimario.

Quid, se la donazione fatta al legittimario non basta per completare la sua parte nella legittima? Bisogna distinguere. S' egli ha rinunziato alla successione, nulla può reclamare al di là di ciò ch' egli ha ricevuto, giusta il principio stabilito di sopra nella nota. 66 pag. 62. Ma s' egli non avrà preso ancora qualità, dovrà accettare la successione. Come accettante, o egli conferirà quel che gli è stato donato, e reclamerà la totalità della legittima; o egli l' imputerà, e reclamerà soltanto l' eccedente.

(a) *L' art. 924 che qui comenta il nostro autore fu trovato difficile ad interpretarsi dagli autori delle Pandette francesi, anzi il Levasseur, nel cit. suo Trattato, osservando ch' esso si riporta necessariamente all' art.* 866 † 785, *vi ravvisa un' antinomia assoluta, e non trovando ragione per preferire l' uno o l' altro conchiude che spetta al legislatore pronunziare su tal difficoltà. Ma il Grenier, loc. cit. num.* 625 *toglie il dubbio sulla difficile conciliazione di questi due articoli, spiegando i casi diversi da essi preveduti; dice che la disposizione della seconda parte dell' art.* 866 *non sono derogate dall' art.* 924, *il quale nel suo insieme riguarda solo il caso in cui la divisione possa farsi commodamente, mentre là detta seconda parte concerne il caso contrario, e le di cui disposizioni debbon essere eseguite; per cui si potrebbe tacciare piuttosto di inutilità, ma non di antinomia coll' art.* 866.

tanto tra' conjugi, quanto ai conjugi stessi, per contratto di matrimonio; ed anche quelle fatte tra conjugi durante il matrimonio: donazioni che non sono però soggette, come lo vedremo in progresso, alle regole stabilite nel presente capitolo.

La donazione di cui quì trattasi., è un atto solenne (89) col quale una persona si spoglia attualmente,

---

(89) Per ben comprendere che cosa sia un atto solenne egli è necessario di far conoscere una distinzione che le leggi generalmente stabiliscono tra le formalità prescritte soltanto *probationis*, e quelle ordinate *solemnitatis causa*. Una formalità è stabilita *probationis causa*, quand' essa non ha altr' oggetto o motivo che quello di provare l' esistenza del fatto. Ella è stabilita *solemnitatis causa*, quando non è *richiesta* solo per la pruova del fatto, ma perchè il legislatore a ragione dell' importanza dell' atto ha voluto corredarlo di una più grande solennità, sia per renderne la supposizione o la soppressione più difficile, sia per ogni altra ragione. Vi è tra queste due specie di formalità tale essenzial differenza, che quelle che sono esatte *probationis causa* possono essere supplite, purchè la pruova che risulta dall' atto suppletorio sia egualmente completa che quella che risulterebbe dalla stessa formalità. Così, è evidente che un atto con privata scrittura, potendo mettervisi una data differente da quella in cui siasi formato, non può far fede della sua data contra quei che non sono state parti: l' atto autentico al contrario fa fede della sua data riguardo a tutti: ma quando l' autenticità non è richiesta che per provare la data, *probationis causa*, essa può essere supplita con ogni atto, o qualunque fatto tale da non lasciare alcun dubbio sulla validità della data. Se per es. l' atto di privata scrittura sia stato registrato, s'esso sia stato riferito in un atto autentico, se uno di quei che l' han firmato è morto, com' egli è certo che quest' atto esistiva nell' istante del registro, della menzione, o della morte del segnatario, vi sarà anche a riguardo de' terzi la data di una di queste tre epoche. (art. 1328 † 1282).

Ma quando la formalità è di solennità, come non è soltanto la pruova dell' esistenza dell' atto che il legislatore ha avuto in mira, allora l' atto al quale mancasse una sola delle formalità richieste, non sarebbe meno nullo, quand' anche non vi sarebbe d' altronde alcun dubbio sulla sua sincerità. Così, la legge vuole non solo che il testamento sia scritto dallo stesso notajo, ma che pure costui dichiari ch' egli l' abbia scritto. In conseguenza quand' anche si esibisse la minuta del testamento, quand' anche coloro che hanno interesse d'impugnarlo confessassero che sia essa realmente scritta dal notajo, nulladimeno se non vi si trova tal ordinata dichiarazione espressamente enunciata, il giudice non può dispensarsi di pronunciare la nullità del testamento. Del pari, negli atti ordinarii non è necessario che sia formalmente espresso il consenso delle parti che può risultare dai fatti certi che fan presumerlo, come la loro presenza nell' atto, la loro firma, ec. Nulla di tutto ciò basterebbe per la donazione: bisogna

gratuitamente ed irrevocabilmente di tutto o parte de'suoi beni in favore di altra persona che l' accetta. 894

che sia espressa l' accettazione del donatario, altrimenti l' atto è nullo, come noi or ora lo vedremo, ec.

Nel presente Titolo tutte le formalità delle donazioni tra vivi e dei testamenti sono di solennità. In conseguenza esse non possono essere supplite da altre, e l' ommissione di una trascinerebbe la nullità del tutto. Ecco perchè noi abbiam definita la donazione *un atto solenne*.

Queste disposizioni sono con tutta la saviezza ordinate pei testamenti. Non al solo teatro abbiam visto de' testamenti supposti, e fatti anche dopo la morte del preteso testatore. Si è dovuto dunque corredarli di tutte le solennità suscettibili di garentire alla società, ch'essi contengono la vera e sincera manifestazione della volontà del disponente. La stessa ragione non esiste per le donazioni tra vivi. Nell'antico dritto ve n'era una particolare, quella cioè che la facoltà di disporre per testamento era meno estesa che per la donazione fra vivi. Col testamento ne' paesi regolati da Costumanze non si poteva generalmente donare che i beni di acquisto ed una parte dei proprii, vale a dire dei stabili raccolti per successione: ma potevasi donare tra vivi anche la totalità de' beni proprii. Non dovea dunque sorprendere che il legislatore avesse procurato di render difficile per altra via una facoltà che poteva esercitarsi con tanta latitudine. Nel diritto attuale la disponibilità non è più estesa tra vivi che col testamento. Ciò non ostante le formalità sono assolutamente le stesse di quelle prescritte coll' ordinanza del 1731. Per giustificare questa disposizione bisogna sulle prime osservare che nel nostro dritto, contrario in ciò al romano, le disposizioni a titolo gratuito non sono in generale molto favorite. Bisogna in secondo luogo rammentar qui, per ciò che concerne le donazioni fra vivi, un principio generale di già stabilito da Ricard, *delle Donazioni*, par. 1. num. 846, e consacrato di poi nel discorso dell' oratore del governo, e con una espressa disposizione del Codice, principio la di cui applicazione potrà servire a risolvere molte quistioni che possono su questa materia elevarsi, e senza del quale sarebbe impossibile il dare una plausibile ragione della maggior parte delle formalità richieste dal Codice per le donazioni fra vivi.

Questo principio si è che l'atto di donazione debba essere in una forma tale che non sia più nella facoltà nè del donante nè del donatario di annullarlo; che la donazione sia in una parola irrevocabile così dall' una che dall' altra parte. „ È della natura delle donazioni „ fra vivi, dice Ricard, loc. cit., ch' esse siano stabili, permanenti, „ irrevocabili così per parte del donatario che del donatore. „

„ Non debb' essere nella facoltà di alcuna delle parti, dice lo stesso „ oratore del governo, l' annullare la donazione sopprimendo l' atto „ che ne contiene la pruova. „ È certamente questo il principio di Ricard.

Aggiungasi che è dell' essenza degli atti detti *solenni* di essere nulli o validi *ab initio*. *Omnis actus legitimus*, dice Cujacio sulla legge 77, ff. *de Reg. juris*, *momento temporis perficitur*. E questo,

La sola formalità da osservarsi per questa specie di donazione è, che l' atto che la contiene sia fatto avanti notaro nella forma ordinaria de' contratti (90), e ne rimanga presso di lui l' originale minuta, il tutto sotto pena di nullità (91).

931 855

---

principio è consecrato per le donazioni dall' art. 1339 † 1293 del Codice, portante che il donatore non può riparare con alcun atto confermativo i vizj di una donazione fra vivi nulla per le forme.

Colla scorta di questi principii tutto si spiega. Per contrario, non ammettendoli, egli è impossibile, come dicemmo, di render ragione d una infinità di disposizioni della legge. In fatti, perchè la legge la quale permette di fare un atto di vendita di qualunque siasi importanza con una privata scrittura, non permette di fare una donazione nella stessa maniera? Dirassi che la presenza dell' ufiziale pubblico garentisce di vantaggio la libertà del donante? Ma allora perchè si richiede che la procura del donatario sia fatta innanzi a notai? Ed in oltre perchè si prescrive che tutti questi atti si facciano con minuta? Perchè l' accettazione non si presume? Perchè bisogna ch' essa sia espressa? Perchè se è fatta con atto separato, quest' atto debb' essere egualmente stipulato avanti a notai e con minuta? Perchè non è sufficiente una procura generale del donatario? Io lo ripeto, per me non veggo alcuna valida ragione a rendere di tutte queste disposizioni. Ammettiamo il principio di Ricard, e tutto perfettamente si spiega. Se la donazione fosse in brevetto sarebbe in potere delle parti di sopprimerne l' atto. Se la procura del donatario fosse in brevetto potrebbe del pari facilmente sopprimersi, e la donazione sarebbe nulla per mancanza di accettazione. S' essa non fosse speciale, o generale ad oggetto di accettar tutte le donazioni, il donatario potrebbe disapprovare il mandatario. Se l' accettazione non fosse espressa, il donatario potrebbe impugnarla, metterla in controversia, ec.

Noi avremo ancora l' occasione di applicare in seguito lo stesso principio a molte importanti quistioni.

(90) (Vedete la sez. II. del Tit. 1 della legge sull'organizzazione del notariato del 25 ventoso an. 11).

Due persone potrebbero farsi una donazione reciproca collo stesso atto? L' affermativa non è dubbia. Argomento tratto dall' art. 968 † 893 che proibisce soltanto i testamenti fatti in questo modo, e dall' art. 1097 † 1051 che proibisce questa sorta di donazioni soltanto tra i conjugi: dunque sono esse valide fra tutte le altre persone.

(91) Assoluta, la quale può essere invocata dal donante stesso, e che non può, come l' abbiam detto, essere coverta da alcuna conferma o ratifica da sua parte, nè anche dall' esecuzione volontaria che ei avesse potuto fare della donazione. L' esecuzione non può essere riguardata che come un atto confermativo, e l'art. 1339 † 1293 decide formalmente che il donante non può riparare con alcun atto confermativo i vizii d' una donazione nulla per le forme. Nè osta quel ch' è detto in seguito rapporto alle donazioni de' mobili, le quali, accompagnate dalla tradizione reale di essi, non han bisogno di alcun atto. La ragion della differenza risulta da ciò che *riguardo ai mobili il possesso*

vale per titolo (art. 2279 † 2185). In conseguenza il possessore di un mobile non ha bisogno di giustificare con un titolo ch' egli n' è proprietario. Pel contrario non applicandosi lo stesso principio riguardo agl' immobili, ne segue che se il donante rivindica l' immobile provando ch' egli n' era proprietario, il donatario per giustificare la sua proprietà attuale dovrà esibire l' atto della donazione. Ora, supposto nullo quest' atto, non può servir di base ad una eccezione. V. qui appresso la nota 96 p. 95 (a).

La nullità dell' atto di donazione impedirebbe la prescrizione nella persona del donatario, se il donante non era proprietario dell' oggetto donato? Si, riguardo alla prescrizione di dieci o di venti anni (art. 2267 † 2173), non riguardo a quella di trent' anni, per la quale non vi è bisogno di titolo. Noi vedremo la ragione di tal differenza nel Titolo *della Prescrizione*.

Riflettete, del resto, che l' articolo non dice: *Tutte le donazioni saranno stipulate avanti notajo*, ec.; ma *tutti gli atti di donazione tra vivi saranno stipulati avanti notajo*. Donde io concludo che se la donazione può aver luogo senz' atto, l' art. 931 † 855 non debb' essere applicato; *puta*, se si tratta d' una donazione di danaro effettivo, o di effetti mobili accompagnata dalla tradizione reale. *Riguardo ai mobili il possesso vale per titolo*, dice l' art. 2279 † 2185. Diversamente, se l' oggetto donato fosse un' immobile, o de' mobili incorporali, per es. de' crediti, o degli oggetti mobiliari rimasti nel possesso del donante. Nel primo caso vi bisogna un atto per pruovare il trasferimento della proprietà. Nel secondo, ve ne bisogna uno per mettere il donatario a portata di agire contro al debitore e farsene pagare. (Arresto della Corte di cassazione del 24 luglio 1821, *Sirey*, 1824, 1. par. p. 23). Nel terzo caso finalmente ve ne bisogna uno perchè il dona-

(a) *Esamina pure* Toullier, *l. c. n.° 190, la quistione se la tacita ratificazione che risulta dalla volontaria esecuzione fatta dal donante leghi i di lui eredi, e li renda non ammessibili ad opporre la nullità d' una donazione. Egli dopo d' avere stabilito nel numero antecedente che la volontaria esecuzione suddetta, al par di quella degli altri contratti, tien luogo di atto confermativo legale, ed importa per l' art. 1340 † 1294 la rinunzia ad opporre sia i vizj di forma, sia qualunque altra eccezione; distingue nella proposta quistione se la nullità, o l' azione di rivocazione sia ordinata nell' interesse de' suoi eredi, o del donante. Nel primo caso costoro non son ligati da volontaria esecuzione; non così nel secondo, non potendo in questo caso gli eredi avere altri dritti di quelli che avea il donante stesso.*

Egli pensa che debbasi egualmente risolvere per la mancanza dell' atto stipulato presso notajo, che non è più sotto l' impero del Codice una nullità stabilita per l' interesse degli eredi, ma per quello del donante, e dopò di lui pe' suoi eredi nel caso ch' egli non abbia coverta la nullità con una tacita ratifica, eseguendo volontariamente la donazione. Prevede l' opposizione tratta dall' art. 1339 † 1293, ma gli sembra che questo non debba applicarsi che agli atti confermativi e non alla volontaria esecuzione fatta della donazione. Vedrà il lettore di persuadersi di questi sottili argomenti. Noi siamo col nostro autore, specialmente riguardo alla legislazione del Regno.

Se la donazione è di effetti mobili (92), e che se ne sia steso l'atto (93), essa non sarà valida che in

---

tario possa farsi consegnare gli oggetti all'epoca convenuta nella donazione. In questi tre casi dunque, ed in tutti quelli ne'quali sarà stato necessario di stipulare un atto, fa d'uopo conformarsi rigorosamente alle disposizioni dell'art. 931, e seg. Questa distinzione era egualmente ammessa nell'antico dritto (Ricard, *delle Donazioni*, par. 1. n. 890 e seg.); ed è secondo questi principii che venne giudicato in Besanzone il 22 settembre 1812, e nella cassazione il 12 dicembre 1815, che la rimessa degli effetti di commercio indossata in bianco ad un notajo per consegnarsi da costui alle persone indicate, racchiudeva una valida donazione. (Sirey, 1816, 1. par. p. 322). È stato egualmente giudicato in Parigi il 6 maggio 1815, che la donazione d'un effetto commerciale era validamente fatta coll'indossamento indicato *per dono*. (Sirey, 1816, 2. par. p. 57). In materia di effetti commerciali la girata valida importa traslazione immediata della proprietà anche riguardo ai terzi (Cod. di commercio art. 136 † 135) ed in questo caso la consegna dell'effetto vale tradizione reale (Cod. civile art. 1689 † 1535).

(92) Corporali. Egli è evidente che ciò non può applicarsi alle donazioni di rendite o crediti che portan con esse la loro stima.

Quid, se la donazione sia di effetti mobili per loro natura, ma riputati immobili per destinazione? Sulle prime, s'essi sono donati separatamente dall'immobile, allora lo sono come mobili; e se non vi è stata reale tradizione, non vi è dubbio esservi necessario lo stato estimativo a pena di nullità. Non vi è la stessa ragione se sono stati donati coll'immobile. Ma ciò non ostante io penso che nello stesso caso di non tradizione reale debba esigersi lo stato, altrimenti dipenderebbe dal donante di sottrarre questi oggetti, e per conseguenza annullare riguardo a tali cose la donazione; il che interamente è contrario ai principii di questa materia (a).

(93) L'atto è necessario, come l'abbiam detto, quando la donazione non è accompagnata dalla reale tradizione; per esempio, s'essa è fatta a termine, o sotto condizione; se il donante si riserva l'usufrutto degli oggetti donati.

(a) *Ciò non ostante la Corte reale di Aix con decisione del 17 termid. anno* IX, *annullandosi una donazione di mobili e di effetti mobiliari per mancanza dello stato, se n'eccettuò la dote di sementi, animali addetti alla coltura, aratri, carri, cementi, barili e di altri oggetti che* per loro natura è destinazione erano accessorii o dipendenza degl'immobili compresi nella donazione, ai quali essi erano annessi. *Racc. di giurisp. del Cod. civ. vol.* 5, *pag.* 353. *E la Corte reale di Anger con decisione degli* 8 *aprile* 1808 *dichiarò che le sementi e gli animali essendo immobili per destinazione, la donazione fattane cumulativamente cogl'immobili è valida*, quantunque non vi fosse lo stato estimativo. *Ivi*, *vol. II pag.* 297 *e seg.*

Ma se non è necessario questo stato, crediamo utile e prudente formarlo; in una materia che può offrire incertezza di opinioni dee sempre preferirsi il partito più sicuro.

quanto l'atto sarà accompagnato da uno stato estimativo (94)

---

(94) Questo stato è necessario, affinchè il valore degli oggetti donati si trovi stabilito nell' atto stesso della donazione, in modo che non sia in potere del donante di scemarne l' effetto.

Si oppone a questa disposizione l' art. 868 † 787 il quale suppone che una donazione di effetti mobili può aver luogo senza stato estimativo. Ma, sulle prime, è evidente che una simile donazione ha potuto esister di fatto; che supponendola pure nulla *ab initio*, il donante ha potuto non domandarne la nullità, e che bisognava determinare come la restituzione dovesse effettuirsi. Secondariamente l' art. 868 non può forse essere inteso nel caso in cui la donazione fosse accompagnata da reale tradizione, e dove per conseguenza era inutile di stipularne un atto?

Quid in questo caso? Una persona inferma deposita nelle mani di un terzo una somma di danaro contante, o un effetto mobile con ordine di restituirglielo se riacquista la salute, o se glie lo ridomanda prima di morire, e nel caso contrario di ritenerlo a suo profitto. Questa disposizione è valida? Io penso che sì (*a*), non come donazione fra vivi, poichè non vi è abbandono dalla parte del donante, ma come disposizione a causa di morte. (Questo è il parere di Blackston, *Comentario sulle leggi inglesi*, tom. 3, in fine, cap. 32). Il donatario sarà dunque soggetto all' azione de' ereditori. Così giudicato e negli stessi termini da un arresto del Parlamento di Parigi del 15 dicembre 1664 riferito nel *Giornale delle udienze*, e citato da Ricard, *delle Donazioni*, par. 1. n. 1498, in fine. Ma dirassi, questa donazione non è rivestita delle formalità testamentarie. Ciò è vero: ma nel modo stesso in cui dee decidersi che la donazione tra vivi di un oggetto mobile è valida senza atto, e per conseguenza senz' alcuna specie di formalità, quando vi ha reale tradizione; del pari nel caso proposto, la disposizione dee valere per la stessa ragione. Vi bisogna un atto per fondar l' azione del donatario, o del legatario. Qui il depositario non ha alcuna azione da intentare, mentr' egli possiede la cosa. Non ha dunque bisogno di atto. Veggasi pertanto una decisione della corte di Parigi del 4 maggio 1816, relativa ai manuseritti di Chenier (Sirey, 1816, 2. par. p. 195). Ma i motivi di questa decisione, resa in seguito di particolari circostanze, non mi sono sembrati sufficienti per determinarmi a cambiare di opinione. D' altronde questa opinione sembra essere stata consacrata da un arresto della Corte di Limoges (*ivi*, 1823 1. par. p. 238), il ricorso contro la quale fu rigettato il 9 aprile 1823 (*ivi*).

(*a*) *Grenier pensa al contrario, loc. cit. num. 177, che tal disposizione sarebbe nulla, e la ragione di questa nullità è, secondo lui, che in questo caso il donante non si spoglia, ma vuol solo spogliare i suoi eredi. Questa sarebbbe una donazione a causa di morte, che non sarebbe ammessa nell' attuale legislazione, anche quando fosse redatta in atto notariale, come spiegò nel cap. 1 §. 2, n. 10 pag. 12 ediz. di Napoli.*

degli oggetti donati sottoscritto dal donante e dal donatario (95), o dall' accettante per lui: e se la totalità degli oggetti donati non è compresa in detto stato, la do-
948 nazione non è valida che per quelli soltanto che vi sono
872 compresi.

Quanto alle condizioni necessarie per la validità della donazione in se medesima, risulta dalla definizione che abbiamo data, esser d' uopo:

1. Che il donatario l' accetti;
2. Che il donante si spogli attualmente;
3. Che si spogli gratuitamente;
4. Finalmente che si spogli irrevocabilmente, salve le eccezioni che saranno menzionate.

Noi ci facciamo ad esporre i principj relativi a queste diverse condizioni, osservando preliminarmente che le nullità decretate dalla legge in questa materia non possono essere sanate da verun atto confermativo per parte del donante(96),
1339 il quale non ha altro mezzo, se vuole che la sua liberalità
1293 abbia effetto, che di rifare la donazione nella forma legale. Sarebbe altrimenti, se questo atto confermativo emanasse da' suoi eredi o aventi causa (97), dopo la di

(95) Quest' atto potrebb' esser fatto con privata scrittura? Io penso che ciò sia indifferente, mentre debb' essere annesso alla minuta della donazione. Ma allora bisogna che sia realmente sottoscritto dalle due parti. Poichè se una di esse non sapesse o non potesse sottoscrivere, bisognerebbe che l' atto estimativo fosse anche stipulato avanti notajo, o che fosse inserito nell' atto della donazione che debb' essere stipulato avanti notajo.

Nota. Non è necessario che quest' atto sia inscritto sul repertorio del notajo, e non è soggetto pel registro che al dritto fisso d' un franco. (Decisione del ministro delle finanze, enunciata nell' Istruzione della Regia, del 19 ottobre 1807, Sirey, 1813, 2. par. p. 333).

(96) Ciò non ostante, riguardo all' esecuzione volontaria, bisogna distinguere: se si tratta di un oggetto immobile, siccome riguardo a queste sorte di donazioni, vi occorre assolutamente un atto, e che nel caso proposto, esso è supposto nullo, l' esecuzione non può impedire la nullità. Ma se l' oggetto dato è suscettibile d' una reale tradizione, come un mobile corporale, siccome la donazione di questi oggetti è valida colla sola tradizione, e senza che vi sia bisogno di alcun atto, come nella nota 91 p. 91 vedemmo, fa d'uopo concludere ch' essa lo sia egualmente nel caso proposto. Imperciocchè essendo valida senz' alcun atto, non debb' esserla meno per l' esistenza di un atto nullo. Ma essa non si reputerà di aver esistito che dal momento della tradizione.

(97) Vale a dire, di tutti quei che avrebbero interesse d' impugnare la donazione.

lui morte (98), avvegnachè siffatte nullità essendo stabilite principalmente pel loro interesse, è in facoltà di essi il rinunziare al dritto introdotto a loro favore. Eglino non sarebbero dunque in tal caso ammessibili ad opporre, sia i vizj di forma, sia qualunque altra eccezione. 1340 1294

Sezine I.

Dell' accettazione delle donazioni.

La donazione tra' vivi era, e può ancora essere riguardata come un contratto, il quale esige in conseguenza il concorso delle due parti. Indi segue non esser ella perfetta che al momento in cui si verifica questo concorso, vale a dire, dal giorno in cui viene accettata dal donatario, e che fino a quel punto essa non è che un semplice progetto che il donante può rivocare. 932 856

L' accettazione del donatario non si presume, ma debb' essere espressa (99). Non è però necessario ch'essa

---

(98) *Quid*, se l'atto fosse stato fatto prima della morte del donante? Esso sarebbe un patto sulla successione di un vivente, e per conseguenza nullo. D'altronde questa sorta di consensi dati dall'erede durante la vita del suo autore ad atti che sarebbero attaccabili dopo la morte, son sempre riputati estorti dal timore, *ne pejus faciat*, e non debbono in conseguenza meritare alcuna considerazione: *Consensus heredis legitimi, vel successoris ab intestato*, dice Molineo sull' art. 53 della Costumanza d' Alvergna, *vivo testatore, videtur extortus et non valet.* Questo è pure il parere di Ricard, parte 5. n. 1552 (V. pertanto qui sopra la nota 62. p. 59).

(99) Quindi la presenza del donatario nella stipula dell' atto, la sua sottoscrizione, tutto ciò, seguito ancora dall' immissione *in possesso* degli oggetti donati, non potrebbe impedire la nullità. Bisogna che sia detto espressamente che il donatario accetta. Ciò riguarda, come abbiam detto, il carattere di solennità che aver dee la donazione; nulla dunque può farvisi per equipollenza (*a*).

Da questa necessità di espressa accettazione deesi concludere che la

(*a*) *In conseguenza di quel che osservammo sulla nota* 91, *lo stesso Toullier, l. c. n.°* 189, *fa riflettere d' aver il Codice rigettato la nullità pronunciata dall' ordinanza del* 1731 *nel caso in cui il donatario foss' entrato in possesso delle cose donate, e lo trova ragionevole per le decisioni del roman dritto delle quali il Codice ne ha fatta una regola generale nell' art.* 1338 † 1292.

sia fatta nell' atto medesimo che contiene la donazione, si può farla in un atto posteriore, purchè il donante sia ancora in vita (100), l' atto di accettazione sia autentico, e ne rimanga minuta originale (101). Bisogna inoltre, in

---

donazione fra vivi non può aver luogo direttamente in vantaggio d' incerta persona. *Secus* delle disposizioni testamentarie, come lo vedremo più sotto. Noi diciamo *direttamente*, perchè la donazione fra vivi essendo suscettibile di pesi e di condizioni, nulla impedisce che il donatario non venga incaricato coll' atto di donazione di rimettere una cosa, o una somma di danaro ad una persona incerta (art. 1121 † 1075), purchè tuttavia non vi sia incarico di conservare, e di rendere dopo un certo tempo, nel senso dell' art. 896 † 941.

(100) Se il donante fosse morto prima dell' accettazione del donatario, le due volontà non potrebbero più concorrere. Sarebbe lo stesso se il donante, benchè in vita, fosse nondimeno nell' impossibilità di manifestare la sua volontà; come, s' ei fosse morto civilmente, furioso, pazzo, o imbecille. Non vi sarebbe allora neppure il concorso delle due volontà. Nè osta che l' interdetto può esser rappresentato dal suo tutore; poichè la facoltà del tutore, anche autorizzato, non si estende sino al consenso d' una donazione de' beni dell' interdetto, salvo il caso dell' art. 511 † 434.

Per la stessa ragione, bisogna che l' accettazione sia fatta in vita del donatario. Essa non potrebbe dunque esser fatta dai suoi eredi. D' altronde la donazione è un atto di beneficenza, come il legato. Ora è dell' essenza di questi atti che s' an riputati fatti in contemplazione di persone espressamente indicate nell' atto, *intuitu personae*: dunque la morte del donatario importa necessariamente cambiamento, o rivocazione di volontà per parte del donante; dunque le due volontà non concorrono più nell' atto dell' accettazione: è se il donante vuol gratificare gli eredi del donatario, bisognerà ch' egli faccia loro una donazione diretta.

Ma *quid*, se vivendo ancora il donatario si trovasse nell'impossibilità di manifestare la sua volontà? Io penso che bisognerebbe distinguere: Se l' impossibilità fosse legale, *puta* s'ei fosse morto civilmente, niun dubbio che la donazione non potrebb' essere accettata nè da lui nè in suo nome. Ma se l'impossibilità fosse soltanto morale, per es. s'egli fosse demente furioso o imbecille, io penso che la donazione potrebb'essere accettata dal suo tutore debitamente autorizzato. (Arg. tratto dall' art. 935 † 859). La ragion della differenza dal caso in cui il donante fosse colui che si trovasse nella stessa posizione si è, che, come nel precedente paragrafo si è detto, il tutore non può acconsentire alla donazione de' beni dell' interdetto, mentre ch' egli può accettar la donazione che gli è fatta. Nel primo caso le due volontà non possono dunque concorrere; diversamente nel secondo.

(101) Se quest' atto fosse in brevetto, si potrebbe sopprimere l'accettazione ed annullare con ciò la donazione. Ora riflettete che in questo caso la soppressione dell' atto di accettazione non potrebbe naturalmente aver luogo che per parte del donatario: dunque il Codice

questo caso, che l'accettazione sia notificata al donante; e non è che dal momento di questa notificazione che la donazione diventa irrevocabile a di lui riguardo (102). 932 856

---

ha consacrato il principio che la donazione debba essere irrevocabile così per parte del donatario, come per quella del donante.

Quid, se un terzo si fosse reso garante del donatario, quest'ultimo potrebbe ratificando convalidar la donazione? lo penso che sì, ma credo nel tempo stesso che questa ratifica debba essere riguardata come la vera accettazione; che bisogna in conseguenza applicarle tutto ciò che si è detto e si dirà sull'accettazione, relativamente al concorso delle due volontà, alla notifica al donante, ec.

(102) Quindi le alienazioni sino allora fatte dal donante, egualmente che le ipoteche contratte da lui sui beni donati sono valide.

A' termini dell' ordinanza del 1731, art. 5, l'accettazione del donatario obbligava il donante dall' istante in cui essa avea avuto luogo. Il nostro articolo è più conforme ai principii. Quest' accettazione potendo, quando avesse luogo con atto separato, esser fatta dal solo donatario senza l'intervento del donante, non dee aver effetto riguardo a quest' ultimo, che dal momento in cui gli è stata notificata (a).

Osservate che si potrebbe risparmiar la notifica, anche quando l'accettazione fosse posteriore, facendo intervenire il donante nell'atto dell'accettazione (Arg. tratto dall' art. 1690 † 1536).

L' articolo dice che la donazione non ha effetto riguardo al donante che dal giorno in cui l'atto di accettazione fatto separatamente gli sia stato notificato. *Quid* riguardo al donatario, per es. nel caso seguente?

Due sposi nel maritarsi stipulano una comunione universale, ma soltanto de' beni che acquisteranno in avvenire. Il marito accetta dopo il matrimonio la donazione d'un immobile che gli era stata fatta prima: quest' immobile cade nella comunione? Sì, senza dubbio: la donazione nulla significa a riguardo di chicchessiasi, sino a che non sia accettata. Soltanto la differenza che esiste, rispetto a ciò, tra il donante e 'l donatario si è, ch' essa vale riguardo a quest' ultimo dal giorno dell' accettazione; ma riguardo al donante essa non ha effetto che dal giorno della notifica di quest' accettazione.

Quid, se il donante viene a morte dopo l'accettazione, ma prima della notifica? Io penserei volentieri che nello spirito della legge attuale l' accettazione non notificata riguardo al donante è come se non esistesse: e che come l accettazione non potrebbe aver luogo dopo la morte del donante, del pari la notifica non potrebb' esser fatta alla stessa epoca. Del resto è certo che se nella specie proposta il donante avesse disposto de'beni donati, sia tra vivi, sia per testamento, la disposizione sarebbe valida; dunque questi beni erano disponibili nelle sue mani all' istante

(a) *Se la donazione fatta in assenza del donatario, fosse stata in di lui nome accettata da altra persona, ancorchè questa fosse il notajo stipulatore, tale stipulazione non vizierebbe la donazione, ma non produrrebbe effetto alcuno, essendo indispensabile l' accettazione precisa del donatario. V. Grenier l. cit. num. 60*

Di più, fa d'uopo secondo gli stessi principj, che l'accettazione sia fatta da persona capace. In conseguenza, se il donatario è maggiore, l'accettazione non può essere fatta che da lui, o in suo nome, da una persona munita di procura speciale esprimente la facoltà di accettare la fattagli donazione, od almeno una facoltà generale di accettare le donazioni che gli fossero o potessero esser fatte. In ogni caso, questa procura dovrà esser ricevuta da un notajo, ed una copia della medesima (103) verrà annessa alla minuta originale, od a quella dell' accettazione, se fosse stata fatta con atto separato. Il sordo e muto può egualmente accettare da se medesimo o per mezzo di un procuratore, purchè però sappia scrivere; e se non sapesse scrivere, l'accettazione dovrà essere fatta da un curatore nominato a tale effetto, secondo le regole stabilite nel Titolo *della minor età, della tutela, ec.*

933
857

936
860

---

della sua morte; dunque per la stessa ragione essi han dovuto passare ai suoi eredi legittimi, riguardo ai quali la donazione debb' essere riguardata come non fatta.

La stessa decisione dovrebbe essere applicata, e secondo gli stessi principii al caso in cui il donatario verrebbe a morire dopo l'accettazione, ma prima della notifica. Sino a tal punto il donatario poteva rivocare la sua accettazione.

Quid, se la donazione sia stata fatta prima de' 10 giorni precedenti il fallimento del donante, ma che l'accettazione non abbia avuto luogo che ne' dieci giorni, la donazione sarebbe nulla, in conformità dell' art. 444 † 436 del Codice di commercio? Io son di parere che sì, e sempre per la stessa ragione: la donazione non ha alcun effetto che dal giorno dell' accettazione. Sino a tal epoca non è che un semplice progetto che il donante può rivocare ad *nutum*. D'altronde il donante non è spossessato della proprietà che per mezzo dell' accettazione. Ora basta che la traslazione della proprietà abbia luogo nei dieci giorni, e ch' essa lo sia a titolo gratuito, perchè l' atto sia nullo (art. 444 suddetto). Dunque ec.

Ma *quid*, se l'accettazione avesse avuto luogo prima de' dieci giorni, ma che siasi notificata soltanto nei dieci giorni? Io penso che debba dirsi lo stesso, quando l' accettazione sia eseguita in assenza del donante; la notificazione di questa è quella che veramente lo toglie dal possesso. D' altronde, quando vi fosse dubbio, la causa de' creditori sarebbe sempre preferibile a quella del donatario.

(103) Sembra risultare da queste parole che la procura debba essere stipulata con minuta; intanto se essa fosse in brevetto e fosse annessa in questo stato alla minuta della donazione o dell'accettazione, il brevetto diverrebbe, per questo solo, minuta, ed a me sembra che lo scopo della legge sarebbe soddisfatto.

Se la donazione è fatta ad una donna marilata(104), essa non può essere accettata che col consenso di suo marito, e nel caso del di lui rifiuto (105), senza l'autorizzazione del giudice. 934 858

Se il donatario è interdetto, o minore non emancipato, la donazione non può essere accettata che dal suo tutore, specialmente autorizzato dal consiglio di famiglia. Se il minore è emancipato, egli può accettare con l'assistenza del suo curatore (106). 935 859

(104) Sotto qualunque siasi regola, comunione, separazione di beni, regola dotale, anche quando tutti i beni fossero parafernali; in tutti i casi il marito ha interesse di conoscere i motivi della donazione, la persona del donante, ec., e d'altronde l'autorità maritale non permette che la moglie possa accettare una donazione senz'essere autorizzata.

(105) O nel caso d'impossibilità per sua parte di manifestare la sua volontà, come se fosse assente, interdetto, ec. Salvo ai tribunali ad esaminare in tutti i casi i motivi della donazione, ed a non accordare l'autorizzazione che dietro piena cognizione di causa.

(106) È qui il luogo di esaminare una quistione, di già controvertita nell'antico dritto, e sulla quale il Codice non si è pronunciato, almeno espressamente; essa è quella di conoscere se la donazione fatta al minore o alla donna maritata, e da essi accettata senza le richieste autorizzazioni, sia valida nel loro interesse, o se la nullità possa esser domandata contra di essi (*a*).

Bisogna sulle prime cominciare dal rimuovere un motivo di decidere, che si pretende tirare dall'art. 1125 † 1079, che porta non potere la persona capace ad impegnarsi, che ha contrattato col minore, coll'interdetto, o con la donna maritata, opporre a costoro la loro incapacità; donde si è voluto conchiudere che nella specie proposta il minore, ec., può domandare la nullità della donazione, ma che non può essere domandata contra di lui. Noi diciamo che questa ragione non è fondata, poichè questa stessa dottrina avea luogo anticamente. Si pensava generalmente che l'incapacità del minore era stabilita nel suo solo in-

(*a*) *Una decisione della Corte di appello di Colmar del* 13 *dicembre* 1808 *giudicò al contrario pe' seguenti motivi*; 1. *perchè il legislatore disponendo nell'art.* 463 † 386 *che la donazione fatta al minore non potesse accettarsi dal tutore se non coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, non vi aggiunse la clausola irritante, a pena di nullità, come fece nell'art.* 931 † 855 *in cui dispose che tutti gli atti portanti donazione tra' vivi siano fatti innanzi a' notajo a pena di nullità*; 2. *perchè la nullità per omessione di qualche formalità negli atti stipulati co' minori, è sempre relativa al minore; ch'essa è stabilita pel di lui interesse; ch'egli solo può prevalersene; e che il maggiore il quale ha contrattato col minore non può ritorcela contro costui.* Raccol. di giurisp. del Cod. civ. vol. 11 pag. 262.

teresse; e ciò non ostante gli autori più profondi e di maggior autorità opinavano che la donazione accettata dal solo minore era nulla, anche riguardo a lui. Ed in fatti vi sono tante differenze tra le donazioni e le altre convenzioni, ch'egli è quas' impossibile di argomentar per analogia dalle une alle altre.

Chi oserebbe pretendere, per esempio, che un venditore può domandare la nullità d'una vendita quando l'acquirente è stato presente all'atto, e l'ha sottoscritto, sotto il pretesto che non siavisi espressamente dichiarato che l'acquirente abbia acconsentito alla compra? Una vendita sarebbe nulla se non fosse stata fatta con atto autentico?

La mancanza di trascrizione della vendita renderebbe valida una posteriore alienazione fatta dal venditore, come è ciò stabilito riguardo alla donazione? ec. ec. ec.

Ora, su che poggiano queste differenze se non sul principio, da noi già stabilito in una nota precedente, che la donazione è un atto solenne il quale è nullo o valido *ab initio*, che non ha alcuna esistenza se non quando tutte le solennità richieste dalla legge sono state osservate, e che nel caso contrario è nullo interamente ed a riguardo di tutti?

,, Ora, dice Ricard, precisamente sulla quistione di cui trattasi, ,, negli atti pe' quali la legge richiede necessariamente una solennità, ,, richiede per la stessa ragione un' abilità in tutte le persone il di ,, cui consenso è necessario.

,, Nulladimeno, aggiung' egli, come giornalmente cresce la pigrizia ,, di approfondir le materie, per l'abbandono dello studio, e che ,, quindi per necessaria conseguenza ci allontaniamo ancora dalle re- ,, gole, essendo stato curioso di sapere quali erano i sentimenti della ,, magistratura su questa quistione (se l'accettazione fatta dal minore ,, solo era valida, almeno nel suo interesse) io li trovai molto divisi; ,, ed abbenchè i più dotti fossero di parere per la nullità della dona- ,, zione, potrebbe ben accadere che, giudicandosi a pluralità, la bi- ,, lancia pendesse dall'altro lato. ,, *delle Donazioni*, 1.ª par. cap. IV, sez. 1, n. 845, e seg.

Vedesi da queste citazioni che Ricard non dubitava affatto che la nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione non fosse assoluta, e non potess'essere invocata anche contra il minore.

Egualmente il signor d'Aguesseau non esitò punto nell'abbracciar questa opinione; e l'art. 7 dell'ordinanza del 1731 fu in questo senso redatto. Ciò che lo pruova si è che nell'invio fatto del progetto a diversi parlamenti, quello di Tolosa credè vedere effettivamente che quest'articolo toglieva ai minori, anche emancipati, il dritto di accettar le donazioni che loro fossero fatte, il che era contrario alla giurisprudenza. Esso fece in conseguenza delle osservazioni alle quali d'Aguesseau tra le altre cose rispose: ,, Che l'uso della maggior parte del regno ,, essendo quello di esigere l'autorità del tutore o curatore *per la validità dell'accettazione*, quest'era uno de' punti ne' quali il vantaggio ,, dell'uniformità, e l'interesse pubblico dovevano superare qualunque ,, altra considerazione. ,,

Furgole, Sallè, Boutaric, Damours, Rousseaud de la Combe hanno adottato il parere di Ricard.

Pothier, e Prévôst de la Janès hanno abbracciata l'opinione contraria; ma com'essi non han data altra ragione di quella tratta dal motivo che negli atti ordinarii l'incapacità del minore è soltanto relativa, ragione che, come lo provammo, non è affatto applicabile alla donazione, noi non insisteremo su' de' loro ragionamenti, che null'aggiungono a quel ch'è stato detto a questo proposito, e che provano solo la verità di ciò che Ricard diceva, cioè che quando non si approfondiscono le materie, si finisce per allontanarsi dalle regole.

Osserviamo pertanto che l'art. 7 dell'ordinanza era ben lungi dall'essere così imperativo come il nostro 935 † 859, poichè ivi era detto soltanto: „ Se il donatario è minore di anni venticinque l'ac„ cettazione potrà esser fatta da lui, ossia dal suo tutore, ec. Ora, se il signor d'Aguesseau redigendo l'art. 7 dell'ordinanza, che sembrava presentare una disposizione semplicemente facoltativa, avea nulladimeno l'intenzione di annullare in un modo assoluto l'accettazione fatta dal minore non autorizzato, non debbe quest'intenzione maggiormente presumersi nei redattori del Codice che si son serviti di termini realmente imperativi? D'altronde lo stesso art. 935 aggiugne che il minore emancipato potrà accettare coll'autorizzazione del suo curatore, dunque egli non lo potrà senza questa autorizzazione.

Finalmente noi vediamo nella discussione sull'art. 937 † 891 essersi deciso, che se siasi fatta una donazione ad un pubblico stabilimento, e che sia stata accettata dagli amministratori non autorizzati, essa è annullata colla morte del donante, o colla rivocazione sopravvenuta prima dell'autorizzazione, quand'anche questa si fosse in seguito accordata. Questa decisione del Consiglio di stato non conferma essa singolarmente il principio stabilito da Ricard, che nell'atto solenne, come la donazione, è necessario che tutte le persone il di cui consenso è richiesto abbiano la capacità prescritta nel momento stesso in cui l'atto è stipulato?

Io penso dunque che la donazione non validamente accettata debba essere riguardata come non avvenuta, come un semplice progetto che può essere rivocato dal donante, e ch'è totalmente annullato colla sua morte sopravvenuta prima della valida accettazione; che la nullità dell'accettazione fatta dal minore soltanto risulta dal principio da noi stabilito, che la donazione debb'essere irrevocabile tanto per parte del donatario che per quella del donante, il che non sarebbe se si permettesse al minore di accettar solo egli, poichè potrebbe quando il volesse farsi restituire contra la sua accettazione. Questa dottrina sembra essere stata consacrata da un arresto della corte di cassazione dell'11 giugno 1816 (*bullet.* n. 41). Si trattava per verità d'una donazione fatta sotto l'impero dell'ordinanza; ma noi abbiam dimostrato che le espressioni del Codice erano ancora più favorevoli a questo sistema di quelle dell'ordinanza (a).

Si opporrà forse al nostro principio che la donazione può esser fatta sotto una condizione potestativa dalla parte del donatario, e che l'inesecuzione di tal condizione potendo dar luogo a rivocar la donazione egli non è esatto il dire che questa debba essere irrevocabile per parte del donatario.

(a) *Anche in questa quistione Toullier è di un' opinione contraria*

Io rispondo che quando si dice dover essere la donazione irrevocabile tanto dall' una che dall' altra parte, bisogna intendere ch' essa non possa essere rivocata per effetto di una nuova volontà dell' uno o dell' altro, o anche di tutti e due insieme, emessa dopo la donazione. Ma nella specie non si tratta di una nuova volontà, ma di quella inerente al contratto ed espressa nell' atto stesso della donazione. Il donante ha dichiarato ch' egli non acconsentiva donare se non sotto le tali condizioni: il donatario ha egualmente dichiarato ch' egli accettava colle stesse condizioni. È questa la legge che le parti hanno *imposta* a se stesse, e che non possono più cambiare. Se la condizione non è stata eseguita, la donazione non è rivocata; essa è risoluta, il che è ben diverso. Se vi fosse rivocazione, vi sarebbe stata certamente donazione, soltanto essa cesserebbe di aver effetto dall' istante della rivocazione. Ma la *risoluzione*, dice l' art. 1183 † 1136, *rimette le cose nel medesimo stato come se l' atto non fosse mai esistito.* Quando la donazione è risoluta, ella è dunque come se non avesse avuto mai luogo. Non può dunque dirsi ch' essa è rivocata, poichè non può rivocarsi un atto che non esiste, e che non è giammai esistito. Dunque nulla può concludersi contra il nostro principio della rivocazione per causa d' inadempimento delle condizioni.

Bisogna dire altrettanto della rivocazione per sopravvegnenza di figli, che ha egualmente luogo per effetto d' una condizione risolutiva sottintesa. Quanto alla rivocazione per causa d' ingratitudine, bisogna riflettere, come dice Ricard, che in quest' azione l' oggetto principale è la vendetta dell' ingiuria fatta al donante: la restituzione delle cose donate non è che l' accessorio; essa è una pena pronunciata dalla legge, piuttosto *in odium donatarii*, che *in favorem donatoris*. Ed è per questa ragione ch' essa non passa agli eredi, nè contra gli eredi. Non se ne può dunque nulla concludere contra il nostro principio.

Quid, se la donazione è fatta al minore dal suo tutore, come dovrà essere accettata? Il tutore non potendo essere nel tempo stesso donante ed accettante, bisognerà che la donazione sia accettata dal surrogato tutore debitamente autorizzato (*a*). Ma riflettete che in questo caso

a quella del nostro Autore, l. c. n.° 196, poggiandosi appunto sull' art. 1125, *e non trovando alcuna disposizione che facesse alla regola generale stabilita in quest' articolo un' eccezione in favor del donante, che invano si desume dall' art.* 935 † 859, *o dall' art.* 463 † 386. *Il legislatore, dic' egli, non ha aggiunto a queste disposizioni la clausola* a pena di nullità, *come ha fatto nell' art.* 931 † 855 *che ordina la stipula delle donazioni avanti notajo. Ora le nullità al pari delle pene non possono essere supplite, ma bisogna che siano pronunciate dalla legge; quest' è un assioma quando si tratta di formalità, giusta l' art.* 1030 † 1106 *del Cod. di procedura. Rapporta finalmente varie decisioni in sostegno, e risponde vittoriosamente agli argomenti di Grenier che al pari del nostro autore sostiene la nullità d' una donazione accettata dal solo minore nel suo Trattato* delle Donazioni e de' testamenti vol. 1, part. 2 num. 61.

(*a*) *È ciò fondato sulla regola generale desunta dalle leggi* 1 *e* 3 *ff.* de act. et cons. tut. *che nessuno può contrattare o stipulare con se stesso*; nemo potest esse auctor in rem suam.

La necessità di una accettazione valida è tale, che i minori, gl' interdetti e le donne maritate non possono domandare la restituzione in intiero per la mancanza di accettazione, salvo il loro regresso per danni e interessi contro i loro tutori (107) o mariti, senza però che essi possano invocare il benefizio della restituzione, ancorchè questo regresso divenisse loro inutile per effetto d'insolvibilità dei predetti tutori o mariti. 942 866

Ad oggetto di temperare questo rigore di legge riguardo al minore (108), i di lui genitori (109), e-

nè il tutore nè i suoi eredi potranno prevalersi della mancanza d'una valida accettazione per domandare la nullità della donazione; non già perchè sia essa valida per se stessa, ma perchè il tutore essendo risponsabile verso il suo minore della mancanza di accettazione delle donazioni che fossero fatte a quest' ultimo, è soggetto alla stessa risponsabilità per le donazioni ch' egli ha potuto fargli. Sarebbe dunque il caso di applicargli la regola, *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, e dichiararlo non ammessibile nella sua domanda. Ma bisogna per ciò fare che vi sia un' accettazione qualunque, tuttochè insignificante, come sarebbe per esempio quella del minore, o del tutor surrogato ma non autorizzato. Poichè altrimenti l' atto dovrebb' essere considerato come un semplice progetto, che il tutore può aver lasciato espressamente senz' autorizzazione, affine di poterlo rivocare se lo giudicava convenevole.

(107) L' articolo non parlando che de' tutori, bisogna concludere che il curatore del minore emancipato non sarebbe risponsabile della mancanza di accettazione della donazione fatta al suo pupillo. Ma se l' assistenza del curatore sia stata richiesta, ed egli siasi ricusato, e che in seguito di questo rifiuto la donazione sia rimasta senza effetto, non vi è dubbio ch' egli ne sia risponsabile.

(108) Sia o no emancipato. L'art. 935 † 859 lo decide formalmente (a).

(109) La madre non potrà accettare che in mancanza del padre, vale a dire, se questi sia morto o nell' impossibilità di manifestare la sua volontà? Poichè dassi agli altri ascendenti il dritto di accettare anche viventi il padre e la madre, a me sembra che si può bene dare alla madre, vivente il padre, lo stesso dritto che si darebbe ad un'ava (ciò non ostante veggasi la nota seguente); ma dovrà ella essere autorizzata? Io nol penso, poichè non contrae alcun obbligo personale.

(a) *L' art. 906 † 822 rende capace di ricevere tra vivi il fanciullo che trovasi nel ventre materno; intanto l' art. 935 † 859 non fa menzione di questo caso. Ma non può rivocarsi in dubbio, dice Grenier l. c., num. 69, ch' esso debbasi riguardar come compreso nella terza parte di questo articolo. Il padre la madre e gli altri ascendenti, potendo accettare pei loro figli e discendenti già nati, lo possono del pari pe' figli semplicemente concepiti, che ne' loro interessi sono sempre riputati come nati.*

gualmente che gli altri ascendenti suoi, ancorchè viventi il padre la madre (110), sono autorizzati ad accettare
935 le donazioni che gli vengono fatte, tuttochè non siano
859 nè suoi tutori nè suoi curatori.

Finalmente, se la donazione è fatta a chiese, arcivescovati, vescovati, capitoli, seminarj, cure, fabbriche, ai poveri, agli ospizj, ai collegj, ai comuni, ed in generale a qualunque stabilimento di pubblica utilità o di associazione religiosa riconosciuta dalle leggi, essa debb' essere accettata da capi, titolari, superiori o am-
937 ministratori di questi stabilimenti, a ciò debitamente au-
861 torizzati (111).

Queste disposizioni si applicherebbero al figlio naturale riconosciuto? Io penso che sì: il padre e la madre naturali hanno tutti i dritti della paternità che sono stabiliti a favore del figlio: ma è chiaro che ciò non si estenderebbe agli ascendenti. Il figlio naturale non ne ha.

(110) Io penso nondimeno, che la disposizione che permette agli ascendenti di accettare le donazioni fatte ai loro discendenti minori, anche viventi il padre e la madre, può essere qualche volta suscettibile di modificazione. *Quid*, in effetto, se il padre ha de' legittimi motivi di ricusare una donazione, l' avo, l' ava, potranno essi accettarla malgrado di lui? Io nol penso. Un padre non può egli, per esempio, avere il più grande interesse perchè sua figlia non riceva donazione da tale o tal altra persona? E quale autorità potrebbe in questo caso venire ad usurpare i suoi dritti, e preparare forse de' mezzi di seduzione, ch'egli è nel dovere di prevenire? Io penso dunque che l'art. 935 † 859 debba esser principalmente inteso nel caso in cui il padre e la madre non essendo sopra luogo, fosse a temersi che il ritardo dell' accettazione non privasse il minore dell' effetto d' una donazione che gli fosse vantaggiosa; ma che se il padre e la madre avessero ricusato di accettare, gli altri ascendenti non potrebbero accettar in loro vece, salvo ad essi di far convocare un consiglio di famiglia per deliberare su questo oggetto.

Il padre e la madre, e gli altri ascendenti sono essi tenuti a farsi autorizzare? L' art. 935 non l' esige; quanto più le disposizioni della legge sono rigorose in questa materia, tanto meno è permesso di aggiungervi: così venne giudicato in cassazione il 25 giugno 1812 (Sirey, 1812, 1. par. p. 400). *Nullus est affectus qui vincat paternum*; in conseguenza l' accettazione dell' ascendente benchè non autorizzato dee avere lo stesso effetto, che se fosse essa stata fatta dal tutore debitamente autorizzato.

(111) Bisogna rammentar qui ciò che abbiam detto in una nota precedente, che l' autorizzazione dee necessariamente precedere l' accettazione, talmente che se il donante venisse a morire, o a rivocare dopo l' accettazione, ma prima dell' autorizzazione, la donazione è nulla. Ciò risulta formalmente dalla discussione.

Ai termini dell' art. 3 dell' ordinanza del 2 aprile 1817 (*Bullet.*

. Vedete quì sopra cap. I. sez. 2 *in fine* da chi e con quali formalità tale autorizzazione debba accordarsi.

Le disposizioni relative all' accettazione delle donazioni non sono applicabili che quando queste si fanno direttamente dal donante al donatario. Sarebbe altrimenti nel caso in cui la donazione non è che il risultamento di una convenzione fatta con un terzo (112). Ciò è una conseguenza del principio che si può validamente stipulare a favore d'un terzo (113) allorchè tale è la condizione

---

n. 1995) le donazioni fatte agli episcopii, cattedrali, e seminarii vescovili debbon essere accettate dai vescovi;

Quelle fatte ai capitoli, dal di loro decano;

Quelle fatte ad una parocchia, o sua coadjutrice, o anche per la sussistenza di ecclesiastici impiegati al di lei servizio, dal curato, o dall' impiegato in essa;

Quelle fatte pel mantenimento delle chiese, e pel servizio divino, dal tesoriere di esse;

Quelle fatte a vantaggio delle società religiose, dai di loro rispettivi superiori;

Quelle fatte per la dotazione de' pastori, o pel mantenimento dei tempj della religione riformata, dai concistorii;

Quelle fatte a favore degli ospedali, ed altri stabilimenti di beneficenza, dagli amministratori degli ospizii, delle amministrazioni di carità e di beneficenza;

Quelle fatte a profitto de' collegii o per fondazione di pensionati o cattedre nuove, dagli amministratori de' collegii;

Quelle fatte a vantaggio della generalità degli abitanti di un comune, o pel sollievo ed istruzione de' poveri del comune, dal sindaco;

Finalmente le donazioni fatte a favore de' stabilimenti di pubblica utilità legalmente costituiti, dagli amministratori di detti stabilimenti.

Ogni notajo, depositario d'un testamento che contiene un legato a favore d' uno de' stabilimenti, o titolari summentovati, è tenuto a darne loro l' avviso nell' apertura o nella pubblicazione del testamento; e pendente l' accettazione, il capo dello stabilimento, o il titolare è autorizzato a fare tutti gli atti necessarii per la conservazione. (*Ivi*, art. 5).

L' autorizzazione di accettare non pregiudica in alcun modo al dritto dei terzi. (*Ivi*, art. 7) (*a*).

(112) È lo stesso per la rimissione di un debito, che è una vera liberalità, e che non ha bisogno di alcuna specie di formalità. (Art. 1282 e 1283 + 1236 e 1237).

(113) Salve nondimeno due condizioni:

Le prima, che il terzo sia capace di ricevere dallo stipulante. Se, per es., Pietro dona una somma di danaro a Paulo, perch' egli faccia

(*a*) *Veggasi sull' art.* 910 *le seguenti nostre osservazioni a questo Titolo.*

d'una stipulazione che si fa per se stesso (114), o di una donazione che fassi ad un altro (115), e che que-

---

una rendita vitalizia ad una persona che fosse incapace di ricevere da Pietro, i suoi eredi potranno domandare la nullità dell'atto (art. 1973 † 1845); ma soltanto in ciò che concerne la persona dell'incapace, vale a dire, ch'essi non potranno cambiar la natura del contratto pel quale Paolo si è solamente impegnato a pagare una rendita vitalizia durante la vita di tale persona; ma potranno esigere che la rendita, in vece di esser pagata alla persona designata, la sia ad essi stessi sino a che quella viverà. Del pari, abbenchè il terzo sia capace di ricevere, se la disposizione intacca la riserva, quella potrà essere ridotta secondo le regole che abbiamo stabilite qui sopra, vale a dire che i legittimarii avranno la scelta o di lasciargli godere la rendita, o di farsela loro pagare abbandonandogli il disponibile (art. 1973 † 1845).

La seconda condizione, è che il terzo sia capace di ricevere coll'atto stesso che contiene la stipulazione. Quindi anticamente sostenevasi, come anche attualmente si giudica, che la donazione di tutti o di parte de' beni che il donante lascerà nella sua morte, non possa aver luogo che col contratto di matrimonio, ed a favore de' conjugi. Ma si era nulladimeno introdotto in alcune provincie un abuso, pel quale colui che faceva una donazione di questo genere ad uno de' futuri sposi gl'imponeva la condizione di dividere l'utile della donazione in tal parte con tale o tal'altra indicata persona. Niun dubbio sulla nullità di simile condizione, poichè costituisce realmente a vantaggio di un terzo una donazione di beni futuri che non può esser fatta se non col contratto di matrimonio del donatario. Ma se una simile disposizione si facesse, cosa bisognerebbe decidere, sia relativamente alla donazione principale, sia relativamente alla parte della persona associata alla donazione? La donazione principale sarebbe nulla, come contenente la disposizione prevista dall'art. 896 † 941? In caso di negativa a chi apparterrà la parte dell'associato? Io penso in primo luogo, che la donazione principale sia valida. Questo non è il caso dell'art. 896. Non vi è incarico di conservare e di restituire, poichè l'instituito, o donatario principale, dee dividerla immediatamente. Quanto alla parte dell'associato, a me sembra che debba essa appartenere al donatario principale: poichè la condizione essendo supposta contraria alla legge, debb'essere riputata come non scritta. Or s'essa non esistesse, il donatario raccoglierebbe la totalità della donazione. Dunque ec. Quest'ultima opinione è quella dell'annotatore di Ricard nella sua nota sul num. 325 del Trattato *delle Sostituzioni dirette e fedecommessarie*, part. 1.

(114) Quindi, io fo con voi un contratto, e stipulo che se da qui a quindici giorni non donate il vostro cavallo a Pietro, mi pagherete trecento franchi di regalia: la stipula che io fo a favore di Pietro, non è che la condizione di quella che io fo per me stesso. Nè Pietro nè io abbiam dritto di obbligarvi a donare il cavallo; ma se voi nol donate io avrò azione contra di voi per forzarvi a pagare li trecento franchi promessi.

(115) Io vi dono la mia terra col peso che voi darete dieci mila

sta stipulazione è irrevocabile, quando il terzo ha dichiarato volerne approfittare. Non richiedesi dunque in questo caso per parte del terzo, sebbene realmente donatario, che una semplice dichiarazione (116), la quale

1121
1075

---

franchi a mia sorella. In questo caso, come voi avete accettata la donazione col peso, io ho azione contra di voi per obbligarvi all' esecuzione, e mia sorella l'avrà egualmente, dal momento in cui avrà semplicemente dichiarato volerne profittare.

(116) E che può ancora esser tacita, se, per es., la stipula è di costituire una rendita ad un terzo, e ch' egli abbia ricevuto le annualità. (Arresto della corte di cass. Sirey, 1819, 1. par. p. 250).

La dichiarazione del terzo di voler profittare della stipulazione, può ella aver luogo dopo la morte dello stipulante? Io penso che sì. Questo è il parere di Perezio, al Codice, lib. 8, tit. 55. Quest'autore opina pure che dopo la morte dello stipulante i suoi eredi non potrebbero rivocarla; ed egli si fonda rispetto a ciò sulla legge 3, ff. *qui sine manumissione*, ec. Trattasi in questa legge di un padrone che ha venduto il suo schiavo sotto condizione che sarebbe manomesso dopo un certo termine. Il giureconsulto decide che allo spirar del termine, se il venditore sia ancora vivo, e non abbia cambiato di volontà, lo schiavo è manomesso di dritto; ma che se quegli è morto, la volontà contraria de' suoi eredi non può impedire la manomissione, *mortuo venditore, non esse heredum ejus voluntatem explorandam.* Ma io penso che questa disposizione delle romane leggi era stata unicamente stabilita *in favorem libertatis*, e ch' ella debb' essere per conseguenza ristretta a questo caso; ella è d'altronde esorbitante dal dritto comune e dal principio che vuole che *unaquaeque res eodem modo dissolvi possit, quo fuit colligata.* Ora, poichè gli eredi dello stipulante potrebbero rimettere ai debitori del defunto tutte le obbliganze contratte verso di lui, non vedesi come si potrebbero eccettuar da questa regola le stipulazioni fatte a vantaggio di un terzo, quando questo terzo non è intervenuto nel contratto come parte, accettando in un modo qualunque l' utile stipulato in suo favore. Io penso dunque che la dichiarazione richiesta dall'art. 1121 † 1075 può esser fatta anche dopo la morte dello stipulante, purchè non sia stato derogato alla convenzione delle parti contraenti o loro eredi.

Nè osta l'art. 932 † 856 del Codice che dice l' accettazione del donatario con atto separato non poter più aver luogo dopo la morte del donante. Poichè ciò riguarda il rigore delle formalità richieste nelle donazioni tra vivi; mentre questa specie di donazione è assolutamente un nulla, non è che un semplice progetto sino a che non è stata accettata. Al contrario nella specie proposta in cui si tratta di una convenzione fatta tra due parti, e che contiene un vantaggio a favore di un terzo, l' atto è perfetto dall'istante in cui è stipulato; talmente che lo stipulante non potrebbe nè anche rivocarlo durante la sua vita colla sua sola volontà, ma vi bisognerebbe inoltre il consenso dell' altra parte. Dunque sino a che quest' atto esiste, e che non è rivocato dallo scambievole consenso delle parti, il terzo può intervenirvi e renderlo irrevocabile a suo riguardo, dichiarando di volerne profittare.

non abbisogna delle formalità prescritte per l' accettazione delle donazioni (*a*).

In conseguenza dello stesso principio, se una persona ha somministrato danari ad un'altra per costituire una rendita vitalizia a favore di un terzo; quest' atto, tuttochè abbia riguardo a questo terzo i caratteri di una vera donazione, non è però soggetto alle formalità richieste per le donazioni, ma soltanto alle disposizioni relative alla porzione disponibile, ed alla capacità di do- 1973 nare o di ricevere nella persona del donante e del do- *1845* natario.

Sezione II.

Bisogna che il donante si spogli attuàlmente.

Il vocabolo *donazione* porta secó necessariamente l'idea della traslazione della cosa in potere del donatario. Ora il donatario non può divenire proprietario che in quanto il donante cessa di esserlo. Bisogna dunque che quest'ultimo si spogli dell' oggetto donato al momento stesso che ne fa la donazione.

Non è però necessario ch' egli ne trasferisca la piena proprietà. Egli può riservarsene l'usufrutto (117), come

Ma per operarsi la rivocazione, nel caso in cui essa può aver luogo, vi bisogna il consenso delle due parti, o basta quello dello stipulante? Io penso che se il debitore non ha alcuna specie d' interesse, sia pecuniario, sia di affezione, onde sia eseguita la clausola a vantaggio del terzo, egli non può opporsi alla rivocazione; e che per conseguenza basta in questo caso la volontà dello stipulante, il quale potrà pure o trasferire ad un altro, o richieder per se stesso l'esecuzione della clausola, purchè tuttavia non ne risulti alcun cambiamento pregiudiziale nella posizione col debitore.

(117) In questo caso l' oggetto donato è la nuda proprietà. Il donante è riputato spogliarsene pel solo atto di costituirsi usufruttuario: *Nemini res sua servit.*

(*a*) *E ciò pel motivo che la donazione sussiste con tutte le sue condizioni in virtù dell' accettazione fattane dal donatario. Così fu giudicato dalla corte di appello di Angers colla decisione dell'* 8 *aprile* 1808 *riportata nella Giurisprudenza del Cod. civ. vol.* 1, *pag.* 297 ,, *al teso che l' obbligazione imposta al donatario di consegnare ad un terzo taluni mobili ed effetti non è in se stessa una* ,, *donazione, ma un peso della donazione* ,,.

lo può fare anche a vantaggio di un terzo (118). Può egualmente donare l'usufrutto, riservando per se (119), o disponendo della nuda proprietà. 949 873

Se gli oggetti donati con riserva di usufrutto sono mobili, il donatario è tenuto allo spirare dell'usufrutto di prendere quelli che esistono in natura nello stato in cui si trovano. Quanto a quelli che più non esistono, egli ha l'azione di ripeterli dal donante o dai suoi eredi (120), sino all'ammontar del valore che fu loro assegnato nella descrizione e stima (121) che ha dovuto essere annessa alla donazione. 950 874

(118) Ma quale sarà l'effetto dell'usufrutto così riservato? Ne risulterà che la nuda proprietà sarà solamente trasferita al donatario. Ma il terzo non acquisterà dritto all'usufrutto se non con una nuova disposizione fatta a suo vantaggio dal donante, e rivestita delle formalità richieste per le donazioni fra vivi, o testamentarie. Nè osta l'art. 1121 † 1075; poichè quest'articolo non è applicabile che al caso in cui per effetto della stipulazione, il terzo non acquista alcun dritto che contra il debitore, e non contra lo stipulante. Ma, nella specie, come l'usufrutto è uno smembramento della proprietà, e ch'esso è stato formalmente eccettuato dalla donazione dell'immobile, ne segue ch'è rimasto nelle mani del donante, e che dovrebb'essere contra di lui rivendicato. Ora noi abbiam visto che tutte le volte in cui il donatario ha bisogno di agire contra il donante, egli nol può che in forza di un atto rivestito delle formalità richieste pelle donazioni tra vivi.

(119) Qui l'oggetto donato è l'usufrutto, di cui il donante si spoglia colla donazione (*a*).

(120) Ma non dai terzi, a meno che non fossero stati in mala fede, come lo vedremo più sotto (art. 1141 † 1095); e la sua azione anche contra il donante o i suoi eredi diventa nulla, se è provato che la cosa sia perita per caso fortuito, e senza colpa del donante. (art. 615 † 540).

(121) Pare che si avrebbe dovuto obbligare a restituire solo il valore che questi oggetti avrebbero avuto al finir del godimento, valore che certamente, per poco che l'usufrutto abbia durato alcuni anni, sarebbe molto inferiore a quello che questi stessi oggetti avevano, al cominciar dell'usufrutto. Ma bisogna applicare ciò che si è detto

(*a*) *Il Grenier mette nel numero delle donazioni condizionate quella fatta colla riserva dell'usufrutto: ma impropriamente, come l'avverte il suo traduttore ed annotatore Sig. Cafaro vol. 1, par. 2, pag. 46, mentre tra quella e le donazioni condizionate vi esiste la grandissima differenza, che queste possono sciogliersi, mentre per l'altra non vi è caso in cui possa lo scioglimento verificarsi.*

La proprietà dell' oggetto donato è trasferita nel donatario per effetto del solo consenso delle parti validamente espresso, e senza che siavi bisogno di tradizione (122). È questa una conseguenza necessaria del nuovo principio adottato dal Codice, secondo il quale la tradizione non è attualmente richiesta per trasferire la proprietà. Bisogna però osservare che in materia di donazione questa traslazione di proprietà pel solo consenso

938
862
1138
1092

---

nella nota 139 vol. 3 pag. 53) che il donante si presume *in dolo* s' egli non ripresenta gli oggetti, o non ne giustifica la perdita. Deesi dunque piazzarlo nell' ipotesi la più svantaggiosa per lui, e che consiste a supporre ch' egli ha venduto questi oggetti dal cominciar dell' usufrutto, e che per conseguenza abbia imborsato una somma eguale al valore ch' essi avevano in quest' epoca. Ella è dunque questa la somma che dee restituire.

(122) Se dunque perfezionato l' atto le parti se ne pentissero, esse non possono resilire dalla donazione; e la proprietà degli oggetti donati non può più ritornare al donante che con un nuovo atto traslativo di proprietà.

Il donante è egli tenuto all' evizione? Nò; egli è riputato spogliarsi del dritto che ha sulla cosa donata: ma non si presume che abbia donato altro che questo. Se dunque egli non avea alcun dritto, non è tenuto a cos' alcuna. Ciò non ostante la buona fede ha fatto ammettere due eccezioni: la prima s' egli siasi formalmente obbligato alla garentia; e la seconda s' egli sapeva nel momento della donazione che la cosa non gli apparteneva. Ma vi è questa differenza tra i due casi, che nel primo il donatario può, pel solo motivo di esservi evizione, ripetere contra il donante il valore della cosa donata; quando che nel secondo caso è tenuto soltanto ad indennizzare il donatario delle spese ch' egli ha potuto fare sulla cosa donata. Se dunque nulla vi si è speso, egli a nulla è tenuto. (L. 18, §. ult. ff. *de Donat.*) Ed ancora, in questo secondo caso, bisogna che il donatario egli stesso sia stato di buona fede; poichè s' egli sapeva che la cosa non apparteneva al donante, io penso che non possa egli reclamare alcun danno ed interesse. (Arg. tratto dall' art. 1599 † 1444.)

Il donante è tenuto alla garentia, quando la donazione sia stata fatta a titolo di dote, perchè allora vi è certamente titolo oneroso pel marito il quale per mezzo di questa donazione si obbliga a sostenere i pesi del matrimonio. (art. 1440 † T, e 1547 † 1360.) V. nel vol. VII la nota 301.

Ma il donante è tenuto a garentire il fatto proprio, nel senso che s' egli ha venduto o ipotecato la cosa donata posteriormente alla donazione, ma prima della trascrizione, egli è tenuto ad indennizzare il donatario *propter dolum*.

Quanto alla garentia delle ipoteche esistenti sulla cosa nel momento della donazione, vedete al Tom. 9 Tit. 9 de' privilegii ed ipoteche la nota 213.

delle parti, non ha realmente il suo effetto che riguardo al donante. Ma per ciò che concerne i terzi, fa d'uopo distinguere.

Se la donazione è di effetti mobili, la traslazione reale è ancor necessaria, non già veramente per ispogliare il donante, ma per impedire l'effetto della disposizione ch' ei potesse farne posteriormente a favore d'altre persone, che ne diverrebbero proprietarie, se ne acquistassero il possesso reale con buona fede prima del donatario (123).

Quanto agl' immobili, richiedesi egualmente una specie di tradizione che si opera per mezzo della trascrizione (124). In conseguenza, qualunque atto portante do- 1141 *1095*

(123) *Quid*, se la donazione sia di una cosa incorporale, come d'un credito, d'una rendita? Bisogna denunziare la donazione al debitore della rendita o del credito; e questa denunzia vale per tradizione anche riguardo ai terzi (art. 1690 † 1536) Ma sino a questa notificazione, il debitore potrebbe validamente pagare al donante (art. 1691 † 1537): qualunque nuova cessione o donazione fatta da quest'ultimo sarebbe valida se fosse stata denunziata antecedentemente alla prima; salvo in tutti i casi il regresso del primo donatario contra il donante.

La notificazione al debitore potrebb' esser fatta validamente dopo la morte del donante? Io penso che si. Tra il cedente e 'l cessionario la cessione è per se stessa perfetta e prima di qualunque denunzia, la quale non è richiesta che riguardo ai terzi. Ora gli eredi del donante non possono avere maggior dritto del loro autore. Soltanto gli atti coi quali avessero disposto del credito prima della notificazione, sarebbero validi riguardo ai terzi, come lo sarebbero quelli fatti dallo stesso donante. D'altronde può applicarsi alla denunzia ciò ch' è detto in appresso della trascrizione nella seguente nota 130 pag.

(124) I conservatori delle ipoteche debbono inscrivere per intero su d'un registro tutti gli atti che loro son presentati, e che contengono traslazione di proprietà di un immobile. Questa inscrizione si chiama *trascrizione*. Si vedrà in questo Titolo, ed in quello *de' privilegj e delle ipoteche*, di quale importanza sia questa trascrizione per qualunque acquirente di stabili.

La trascrizione ha rimpiazzata l'insinuazione (*a*) ch'era richiesta dall'ordinanza del 1731, ma nondimeno con molte differenze:

(*a*) *L'insinuazione di cui fa parola il nostro autore consisteva nel trascrivere o copiare parola per parola l'atto di donazione su d'un registro tenuto a quest' oggetto. Questa formalità improntata dal Codice di Giustiniano, trasfusa nel dritto francese coll' ordinanza del 1539, e confermata da quella di Moulins, venne trascritta in quella del 1731.*

nazione di beni suscettibili d' ipoteca (125) debb' essere

---

1. L' insinuazione era richiesta per ogni specie di atti di donazione: la trascrizione soltanto per quella di oggetti immobiliari;

2. L' insinuazione era richiesta a pena di nullità. La mancanza della trascrizione può soltanto essere opposta da quei che vi hanno interesse, ed in proporzione del loro interesse; lo che è ben diverso, come noi avremo occasione di dimostrarlo;

3. L' insinuazione doveva esser fatta al domicilio del donante, ed al luogo della situazione de' beni: la trascrizione basta che sia fatta nel luogo della situazione (*a*).

Pertanto bisogna guardarsi dal confondere la trascrizione il di cui obbligo è quì imposto al donatario, da quella che fa l' acquirente per contratto di vendita o altrimenti. Questa non ha per oggetto nè per fine di espropriare il venditore anche a riguardo de' terzi, poichè ha perduta interamente la proprietà colla vendita; ma soltanto di preparare la liberazione dalle ipoteche, e di arrestare il corso delle inscrizioni, ed anche a riguardo delle ipoteche anteriori all' alienazione. Imperciocchè ora è ben certo che la vendita appena consentita, ancorchè non trascritta, impedisce che alcun' altra alienazione possa aver luogo nè alcun' ipoteca possa essere stabilita dal venditore riguardo all' oggetto venduto. In materia di donazione, al contrario, la trascrizione ha per effetto lo spropriare il donante riguardo ai terzi, talmente che se un immobile siasi donato, e la donazione non sia stata trascritta, l' immobile è riputato, per quel che riguarda l' interesse de' terzi, appartenere al donante, sino a che questa formalità venga adempiuta (Arresto di cass. del 13 luglio 1822, *bull.* n. 66); e per conseguenza tutti gli atti di disposizione ch' egli potesse sino allora farne sono validi, salvo il regresso del donatario contra il donante, che almeno è garante verso di lui del fatto proprio. Secondo questi principii, che sono inconcussi, si può giudicare se sia possibile di ammettere la dottrina di una decisione di Caen del 27 gennajo 1813, rapportata da Sirey, 1813, 2. par. p. 102, in cui si giudicò che gli acquirenti a titolo gratuito non potevano opporre la mancanza di trascrizione; e maggiormente quella della decisione di Colmar, del 4 agosto 1812 (*ivi*, p. 48), in cui si sostenne che questa stessa mancanza non poteva essere opposta dagli acquirenti, neanche a titolo oneroso, ma soltanto dai creditori, come se il Codice non favorisse sempre più quelli che questi. Ma tutto ciò pruova, come dice Riccard su di altro soggetto, che quando una volta ci siamo allontanati dai veri principii non vi è più mezzo ad arrestarci; si cade nell' arbitrio, e si finisce per adottare i più contraddittorii sistemi (*b*).

(125) I beni suscettibili d' ipoteca sono: 1.° i beni immobili che

(*a*) *Aggiungete l' altra differenza del tempo, poichè l' antica insinuazione poteva adempirsi fra quattro mesi dal dì della donazione, anche dopo la morte del donante o del donatario, ed in questo caso la donazione avea tutto il suo effetto dal giorno della sua data; ma quando si adempiva dopo il decorso de' quattro mesi, ma vivente il donante, avea il suo effetto dal giorno della insinuazione.* (*Art.* 26 *dell' ordin. del* 1731.)

(*b*) *Ma riflette* Toullier, *l. c. n.* 238 *e seguenti, che le dispo-*

trascritto (126) negli uffizj delle ipoteche esistenti nel circondario in cui sono situati i beni. La stessa forma-

---

sono in commercio; 2.° l'usufrutto degli stessi beni (art. 2118 † 2004). Ma io riguardo quest' enunciazione come insufficiente, e penso che con queste parole, *beni suscettibili d' ipoteca*, bisogna intendere tutti i dritti reali che si può avere su d' un bene suscettibile d' ipoteca. Così, per es., la donazione d' una servitù non debb' ella essere trascritta? Le terze persone non debbono essere avvertite dell' esistenza di questa donazione affine di non acquistar l' immobile come libero? Ciò sembra anche più necessario per la servitù che per l' usufrutto, poichè l' usufruttuario essendo ordinariamente in possesso dell' immobile, è molto più facile ai terzi di aver conoscenza dell' usufrutto, che della servitù, la quale può forse non essere apparente (*a*).

(126) In quale spazio di tempo? La legge nol dice, e non ha dovuto dirlo. Il donatario è interessato a farla trascrivere prontamente, poichè sino a tanto che non è trascritta se il donante aliena, il donatario non ha alcuna azione contra l' acquirente (art. 941 † 865).

sizioni degli art. 2183, 84 e 85 † 2082, 83, e 84 sono comuni agli acquirenti ed ai donatarii. L' effetto ch' esse attribuiscono alla trascrizione è lo stesso per le donazioni e pe' contratti di vendita nè vi sono due specie di trascrizioni, l' una particolare alle donazioni, l'altra comune a tutti i contratti traslativi di proprietà : con essa dunque non si può esercitare che il dritto d' ipoteca, ed erroneamente si assimila all' antica insinuazione, in modo che se il donatario donasse una seconda volta le cose già donate, la seconda donazione tutto che trascritta non prevalerebbe sulla prima che non l' è stata ; e rispondendo al sig. Grenier *conclude che la mancanza di trascrizione non potrebb' essere opposta come nullità dai creditori o terzi acquirenti de'beni del donante. Ei conviene però aggiungere che il Grenier nella seconda 'edizione del suo Trattato è convenuto che ,, il donatario posteriore non possa avere maggior dritto di opporre la mancanza di trascrizione di quello che hanno gli eredi del donante ed i legatarii ,, siccome meglio svilupperemo nelle Osservazioni sull' articolo 865 delle nostre Leggi civili.*

(*a*) *I beni suscettibili d' ipoteca sono in generale gl' immobili o ciò ch' è riputato immobile, di cui leggesi l' enumerazione nel lib. II Tit. 2, cap. 2 del Cod., e secondo l' art. 526 † 449 debbonsi comprendere nel numero degl' immobili l' usufrutto delle cose immobili, le servitù prediali e le azioni che tendono a rivendicare o ricomprare un immobile ; anzi tra noi debbesi aggiungere il dritto del padrone diretto e del padrone utile sul fondo dato in enfiteusi.*

Sol può cader dubio se la donazione del dritto di rescindersi una vendita per causa di lesione debba pure trascriversi. Sostiene il Grenier, loc. cit. n. 164, essere questa azione immobiliare non ostante che il compratore abbia dritto di ritenere la cosa, pagando il supplimento del giusto prezzo ; nè si rimuove per la contraria opinione sostenuta dalla Cass. Franc. cogli arresti del 23 prat. an. 12, e del 24 maggio 1806.

lità è richiesta riguardo all' accettazione, quand' essa ha
939 avuto luogo separatamente, come altresì riguardo all'atto
863 di notifica dell'accettazione medesima.

La trascrizione dovrà eseguirsi ad istanza del marito, allorchè i beni saranno stati donati alla moglie: e se il marito non adempie a tale formalità, la moglie potrà farla eseguire senza autorizzazione.

Se la donazione è fatta a minori o interdetti, oppure
940 a stabilimenti pubblici, la trascrizione si esegue ad istanza
864 dei tutori, curatori od amministratori (127); i quali egualmente che i mariti, sono risponsabili, se vi ha luogo (128), della mancanza di trascrizione; senza però che le mogli, i minori o gl' interdetti (129) possano pretendere la restituzione in intiero a cagione di detta mancan-
942 za, neppure in caso d' insolvibilità per parte di coloro
866 ch' erano tenuti a far eseguire la trascrizione.

La trascrizione non è necessaria per la validità della donazione in se medesima, la quale è perfetta tra le parti dal momento che fu legalmente fatta ad accettata. In conseguenza il difetto di trascrizione non può essere opposto dal donante (130).

---

(127) Quando la legge dice che la donazione fatta alla moglie debb' essere trascritta ad istanza del marito, e quella fatta al minore ad istanza del tutore, ec., non intende dire che la trascrizione non possa esser fatta che ad istanza delle persone da esso mentovate, poichè ognuno può far trascrivere, come ogni persona può prendere inscrizione per le donne maritate e pe' minori. (art. 2194 † 2094.) Ma la legge ha voluto solo far intendere che non vi sono altre persone che quelle nominate alle quali sia imposto l' obbligo di far trascrivere, e che per conseguenza sono risponsabili verso il donatario della mancanza di trascrizione.

(128) Poichè se la mancanza di trascrizione non ha recato alcun pregiudizio al donatario, per es. se il donante non ha nè alienato nè ipotecato, non vi è luogo ad alcuna risponsabilità.

(129) *Quid*, riguardo agli stabilimenti pubblici? Deesi concludere dal silenzio dell' art. 942 † 866 riguardo a loro, ch' essi potrebbero farsi restituire contro la mancanza di trascrizione? Io nol penso. *I motivi* della legge sembrano allogarli nell' ordine e linea medesima dei minori; e vi è la stessa ragione, la sicurezza degli acquirenti.

(130) Quindi non potrebbe costui prender motivo dalla mancanza di trascrizione per dispensarsi dalla consegna dell' immobile donato se ne fosse ancora possessore. Ma gli eredi potrebbero essi opporre questa mancanza? Io avea sostenuto la negativa per principio generale nel mio primo Corso, sono già diciotto anni, ed ho avuta la soddisfazione di

vedere dopo varie controversie trionfare la mia opinione. Ecco, del resto, come avea creduto discutere tal quistione.

Si diceva in favor degli eredi che il principio stabilito nell' art. 941 † 865 è generale; ch' esso decide potersi opporre la mancanza di trascrizione da chiunque vi abbia interesse; che certamente gli eredi hanno interesse che l' oggetto donato resti nella successione: invano direbbesi che gli eredi *certant de lucro captando*, e che non è di questa specie d' interesse che la legge ha inteso parlare; che in effetto non si è mai dubitato potersi tal mancanza opporre da colui al quale il donante avesse trasmessa la cosa anche a titolo gratuito; ora quest' ultimo *certat quoque de lucro captando*. Si aggiungeva che la maniera in cui è redatta la fine dell' articolo prova che si è voluto dare agli eredi del donante il dritto di opporre la mancanza di trascrizione; che in fatti se si avesse voluto allogarli nella stessa categoria degli eredi di coloro che sono incaricati di far trascrivere la donazione, sarebbe stato ben semplice rediger così la disposizione finale: " Eccettuati tuttavia ,, coloro che sono incaricati di far seguire la trascrizione, il donan- ,, te, ed i loro aventi causa ,,.

Che la premura messa dal legislatore a non applicare l' eccezione che agli aventi-causa da quei incaricati di far trascrivere, e di rigettare le parole *eccettuato pure il donante* solo alla fine della frase, prova ch' egli non ha voluto collocar sulla stessa linea gli aventi causa del donante.

Dall' altro lato si opponeva agli eredi del donante il principio che l' erede non può avere maggior dritto del suo autore; che per derogare ad una regola la di cui applicazione è così generale, bisognava una disposizione formale, e che non fosse unicamente fondata su di una collocazione di parole che avrebbe potuto facilmente sfuggire al redattore; che ciò erasi perfettamente inteso dal cancelliere d' Aguesseau, il quale redigendo l' art. 27 dell' Ordinanza, aveva procurato di comprendere espressamente gli eredi del donante nel numero di quei che non potevano opporre la mancanza d' insinuazione; che i redattori del Codice civile avevano certamente quest' articolo sotto gli occhi quando redigettero il 941 ino; che la menzione degli eredi era ancor più necessaria sotto l' impero del Codice, il quale non avea ingiunta la pena di nullità alla mancanza della trascrizione, che sotto l' Ordinanza il di cui ventesimo articolo esigeva l' insinuazione sotto pena di nullità; e che volendosi argomentare dall' intenzione de' redattori si può dir con vantaggio che dal non aver essi formalmente enunciati gli eredi del donante, come fatto l' avea l' Ordinanza, essi hanno lasciato sussistere a di loro riguardo il dritto comune il quale vuole che non abbiano maggior dritto del di loro autore.

Dopo molte controversie, un arresto della cassazione del 12 dicembre 1810 (Sirey, 1811, 1. par. p. 33) ha consecrato il principio al' io avea sino allora sostenuto, decidendo in un modo generale che gli eredi del donante non possono opporre la mancanza della trascrizione; e venne giudicato nello stesso senso dalla corte medesima il 23 agosto 1814 (Sirey, 1815, 1. par. p. 23).

Ma nell' emettere questa opinione io aveva intanto pensato che questo principio poteva esser suscettibile di alcune modificazioni. Io fondava questa opinione per verità non sull' art. 941, ma sull' art. 1383

§ 1337, che porta: " Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato
" non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o
" per sua imprudenza ". Ora, ciò posto, ecco come io ragionava:

Non può negarsi che il donante di stabili il quale non ha fatto trascrivere la donazione, non abbia commesso almeno una negligenza. Dall'altro lato egli è certo che la trascrizione è stabilita unicamente nell'interesse de' terzi, per avvertirli dell'esistenza della donazione, e preservarli dagli errori pregiudizievoli ai loro interessi, ne' quali l'ignoranza della donazione potrebbe trascinarli. Se dunque non è stata questa trascritta, e se un terzo che poteva probabilmente ignorarla ha sofferto qualche pregiudizio per effetto di questa ignoranza, a me sembra che quegli il quale non può opporre la mancanza di trascrizione, possa almeno obbligare il donatario ad indennizzarlo del pregiudizio sofferto. Quindi supponiamo una persona la di cui fortuna sia composta nella maggior parte di una casa del valore uguale a quindici: egli la dona con riserva d'usufrutto, e per conseguenza ne conserva il possesso sino alla morte. La donazione non è trascritta. Dopo la sua morte il donatario, per causa di assenza, o altra qualunque, non si presenta. L'erede prende conoscenza del valore della successione. Egli verifica che l'attivo è uguale a venti, comprendendovi la casa, e 'l passivo a dieci. Non vede in conseguenza alcun pericolo, ed accetta puramente e semplicemente. Il donatario si presenta in seguito a reclamare la casa. A me sembra che l'equità esiga ch'egli indennizzi l'erede del pregiudizio recatogli dall'ignoranza della donazione, e che costui possa dire con fondamento: Se aveste voi fatto trascrivere la donazione, io non l'avrei ignorata, ed allora certamente non avrei accettata la successione, e non sarei presentemente esposto a pagare i creditori sui miei beni personali. Questo è un danno che io soffro pel vostro fatto, e del quale voi dovete indennizzarmi.

Del resto, vedesi da ciò che vi sarebbe una grandissima differenza tra quest'azione d'indennità, e 'l dritto di opporre la mancanza di trascrizione. In fatti quegli che si avvale di questo dritto annulla interamente la donazione rispetto al suo interesse, e quand'anche non gli avesse ciò recato alcun personale pregiudizio. Quindi, la mancanza di trascrizione può, come abbiam detto, essere opposta da colui al quale il donante avesse trasmesso l'oggetto anche a titolo gratuito, posteriormente alla donazione, benchè a suo riguardo si trattasse solo *de lucro captando*. Coll'azione d'indennità, l'erede non può domandare che il rinfranco del danno da lui sofferto sui beni proprii. In fatti, egli altro non può dire se non che non avrebbe accettata la successione se avesse saputa la donazione: or s'egli non avesse accettato, egli nulla avrebbe per verità perduto, ma egualmente null'avrebbe guadagnato. Egli dunque non può domandare che ad esser posto nello stesso stato in cui era.

In secondo luogo, importa poco che quei che han dritto di opporre la mancanza di trascrizione abbiano altronde conosciuta la donazione. La trascrizione è il solo mezzo legale per darle la pubblicità; tosto che non è stata essa trascritta essi son riputati di averla ignorata. L'azione per l'indennità non può aver luogo se non quando è probabile che l'erede abbia ignorata la donazione. Se dunque il donatario fosse stato messo in possesso dell'oggetto donato, vivente il donatore,

Dicasi lo stesso di tutti quelli ai quali la legge impone l' obbligo di far trascrivere (131), egualmente che dei loro successori o aventi causa. Ma, eccettuate queste persone, la mancanza di trascrizione può essere opposta da tutti quelli che vi hanno interesse (132).

941
865

---

s' egli ne avesse usato notoriamente come proprietario, l' erede non avrebbe quest' azione.

Tal è l' opinione che la ragion di equità mi farebbe volontieri abbracciare. Si potrebbe forse appoggiarla sull' art. 783 † 700 del Codice, che permette all' erede di farsi restituire contra la sua accettazione, allora quando l' eredità si trova diminuita più della metà, per la scoverta di un testamento ignoto nell' atto dell' accettazione. Ora, che l'atto il quale minora la successione sia un testamento o una donazione, questa a me sembra una circostanza totalmente indifferente; risulta sempre da quest' articolo la pruova che la legge stessa ha creduto dover venire in questo caso in soccorso dell' erede. Nell' art. 783, come non vi è alcuno cui possa esser imputato l' errore, è stato certamente necessario accordargli lo straordinario rimedio della restituzione; e poichè questa restituzione può nuocere ai terzi di buona fede, non si è dovuto accordarla che in un determinato caso, alla diminuzione di più che la metà della successione; ma nel caso nostro in cui l' errore può essere imputato al donatario il quale non si è conformato al prescritto della legge, sembra giusto ch' egli ne subisca la pena, e che indennizzi l' erede del pregiudizio cagionatogli dalla sua negligenza.

(131) Se dunque il tutore ha comprati gl' immobili donati al suo minore, o il marito quelli donati a sua moglie, essi non potrebbero giovarsi della mancanza di trascrizione per sostenere la validità del di loro acquisto. È lo stesso per coloro che han causa da essi. E nel 3 giugno 1823 giudicossi dalla corte di cassazione, che per gli *aventi-causa* bisognava intendere qui anche coloro che avevano acquistato a titolo oneroso dalle persone incaricate a far trascrivere. (Sirey, 1823, par. 1 p. 270).

(132) E quand' anche avessero per altro mezzo saputo la fatta donazione. (Arg. tratto dall' art. 1071 † 1027.) *V.* Ricard, *delle Donaz.* par. 1. n. 1249 e seg.

Ma che si dee intendere per quei che hanno interesse? Io penso che non possano intendersi se non coloro co' quali il donante ha stipulati degli atti che sarebbero validi, se la donazione non esistesse, e nulli nel caso contrario; per conseguenza tutti coloro che hanno acquistato qualche dritto sull'immobile dopo la donazione, per es. gli acquirenti, a qualunque siasi titolo, sia della proprietà sia di qualunque smembramento di questa stessa proprietà, i creditori che abbiano acquistata un'ipoteca generale su tutti i beni del donante, o speciale sui beni donati. Quanto ai creditori chirografarii, bisogna rammentare il principio di sopra stabilito nella preced. nota 124 p. 112, che la donazione non trascritta è rispetto ai terzi come se non esistesse, e ch' essa non è riputata esistere a loro riguardo che dal giorno della trascrizione. Or se fosse realmente stata fatta in quest' epoca, i creditori anche chirografarii non avrebbero potuto impugnarla coll' azione rivocatoria, ai termini dell' art. 1167 † 1120, e secondo le distinzioni che noi stabiliremo su questo articolo.

SEZIONE III.

Bisogna che il donante si spogli gratuitamente.

Non bisogna inferire da questo principio, che il donante non possa imporre alcun obbligo al donatario. Noi vedremo anzi in prosieguo, che l' inadempimento delle condizioni imposte dal donante può trar seco la rivocazione della donazione. Ma bisogna intender con ciò, 1. che la donazione essendo una liberalità, debb' essere, almeno da principio, vantaggiosa pel donatario, e che cesserebbe d' essere donazione, se i carichi impostivi fossero eguali al benefizio presunto che il donatario può ricavarne (133);

2. Che chiunque dona ciò che dee od è obbligato dare, non fa donazione, ma pagamento; laonde chi dona per adempire la condizione annessa ad una donazione fattagli, o ad una obbligazione da esso contratta, non fa egli stesso una donazione, ancorchè quel che fu incaricato di dare fosse preso sopra i suoi proprj beni. Egualmente le donazioni dette *rimuneratorie* non sono veramente donazioni in faccia alla legge, che quando la ricompensa dei servigi non può dar luogo ad alcuna obbligazione perfetta (134).

Io penso dunque ch' essi non lo potranno egualmente, pel solo motivo di essere anteriori alla trascrizione, abbenchè siano posteriori alla donazione. *Veggasi* una decisione di Amiens del 11 giugno 1814, Sirey, 1815, 2. part. p. 69; ed un arresto di cassazione del 10 aprile 1815. ivi, 1. par. p. 161; finalmente la citata nota 124.

(133) In questo caso dunque l' atto, benchè qualificato come donazione tra le parti, sarebbe valido quand' anche non vi fossero osservate le formalità prescritte per le donazioni. *Plus valet quod actum, quam quod scriptum intelligitur.*

Vi sarebbe a distinguere se i pesi stipulati giovino al donante o ai terzi? Io nol penso: credo bensì che in tutti i casi la natura dell' atto dee determinarsi dal valore de' beni paragonato alla somma dei pesi.

(134) Basta dunque che vi esista un' obbligazione perfetta, quand' anche fosse puramente naturale, perchè l' atto non debba essere riguardato come una donazione. Poichè quando la cosa data in forza di un obbligo di questa natura non può essere ricercata, bisogna conchiuderne che la legge riguarda quest' obbligo come in realtà esistente, e come capace a servir di base ad un pagamento. (Art. 1235 † 1188, e l. 19, §. 4, ff. *de donat.*) Bisogna dunque decidere per la stessa

Sezione iv.

Bisogna che il donante si spogli irrevocabilmente.

L' irrevocabilità è uno de' principali caratteri della donazione tra' vivi propriamente detta, nel senso che il donante non può col solo di lui fatto distruggerne nè alterarne l' effetto. Indi segue, che qualunque donazione la quale può dipendere dalla sola volontà del donante, è assolutamente nulla.

Questa disposizione è applicabile, 1. alle donazioni fatte sotto una condizione che dipende da questa sola volontà (135). Se però la condizione non riguarda che 944 868

ragione, che la donazione fatta in soddisfazione d' un simile obbligo non sarebbe soggetta alle formalità prescritte per le donazioni propriamente dette, nè alle disposizioni relative alla rivocazione per sopravvegnenza di figli, per ingratitudine, nè alla riduzione per la legittima, ec. (*V.* Ricard, part. 3, num. 613 e seguenti).

Nota. Si è giudicato a Bruxelles il 16 gennajo 1812, che una costituzione di rendita vitalizia a favore d' un domestico, per ricompensarlo di trent' anni di buon servizio, doveva esser riguardata come la soddisfazione di un debito naturale, e, come tale, non rivocabile per la sopravvegnenza de' figli. (Sirey, 1813, 2. part. p. 56) (*a*).

(135) Per conseguenza esse possono esser fatte sotto condizioni puramente casuali. Ciò non ostante alcuni scrittori han voluto stabilire una distinzione tra quelle condizioni che, secondo essi, danno all'atto il carattere di donazione per causa di morte, e quelle che gli conservano il carattere di donazione tra vivi. Il carattere della prima, si è detto, è che il donante preferisce se stesso al donatario, ma preferisce costui a' suoi eredi: *Mortis causa donatio est*, dice il §. 1, Inst. *de Donat.*, *cum magis se quis velit habere, quam eum cui donat: magisque eum cui donat quam heredem suum.* Al contrario, il carattere della donazione tra vivi è, che il donante preferisce il donatario a se stesso (*b*). Dunque sempre che la condizione casuale è tale da risul-

(*a*) *Questa è pure l' opinione di Grenier, l. c. num.* 168. *In questo caso, egli dice, il donatario potrebbe esser considerato come il terzo al quale il donante avesse venduto o trasferito beni* a titolo oneroso, *e sarebbe giusto in tal caso accordargli lo stesso dritto che a costui. La donazione è un contratto veramente sinallagmatico, quando contenga obbligazioni reciproche.*

(*b*) *E così le definisce la legge* 1 *ff.* de donationibus. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem exerceat. Haec proprie donatio appellatur.

una parte della donazione, questa parte soltanto viene annullata; così, per esempio, se il donante si è riservata

tarne che il donante si è preferito al donatario, il carattere della donazione tra vivi è distrutto; ed in questo caso, l'atto non potendo valere nè come donazione nè come testamento, poichè si suppone che le formalità richieste pel testamento non vi sono osservate, è interamente nullo, e non ha alcun effetto. Si cita per esempio di consimili donazioni la seguente: *Io dono, se non mi ristabilisco dalla malattia di cui sono attaccato.*

A me sembra ohe siavi in questa dottrina una confusione di principii. In fatti, per qual motivo i Romani s'impegnarono a determinare in un modo preciso i caratteri particolari e rispettivi della donazione tra vivi, e della donazione per causa di morte? Egli è perchè la prima era essenzialmente irrevocabile, mentre che la seconda, al contrario, era essenzialmente rivocabile, anche pel semplice cambiamento della volontà del donante. Importava dunque molto il determinare qual fosse la natura dell'atto che le parti avessero voluto fare; e per giungervi avevano i Romani stabilito il principio che abbiam or ora citato. Sempre che dunque l'atto presentava qualche incertezza, incombeva al giudice di determinare secondo le circostanze e le clausole diverse, se il donante avesse inteso di preferir se stesso, o no, al donatario: e se per conseguenza l'atto dovea esser riputato tra vivi, o per causa di morte.

Presso di noi che non conosciamo, propriamente parlando, le donazioni per causa di morte (salvo forse nel caso dell'art. 1096 † 1050), è ohe abbiamo stabilito un solo carattere distintivo della donazione tra vivi, quello cioè di non poter essere rivocata nè dal donante nè dal donatario, a me sembra che la sola cosa da esaminarsi sia quella di sapere, se la donazione è fatta sotto una condizione il di cui adempimento dipende dalla sola volontà del donante. Ora egli è certo che la condizione di ristabilirsi in salute non dipende maggiormente da questa volontà che qualunque altra condizione casuale; e perchè la donazione non è meno irrevocabile per parte del donante. Ed è in ciò che essa differisce da una simile donazione fatta presso i Romani. Nel roman dritto questa sarebbe stata donazione *causa mortis*, ed in conseguenza rivocabile, non solo per la riacquistata salute del donante, ma benanche pel solo cangiamento di sua volontà sopravvenuto prima della sua convalescenza, e quand'anche fosse poi morto in seguito della malattia di cui era attaccato. Essa sarebbe stata egualmente rivocata dalla premorienza del donatario. Presso di noi, al contrario, questa donazione non potrebb'essere annullata che dal riacquisto della salute del donante; ma niun altro avvenimento, fuori del caso d'ingratitudine, e di sopravvegnenza di figli, che sono espressamente previsti dalla legge, potrebbe operarne la rivocazione (*a*). L'opinione di Ricard mi sembra d'altronde conforme a questa dottrina. Ecco come si esprime quest'autore, parte 1. n. 1047.

(*a*) *Tutto al contrario* Toullier, *l. c. n.* 274, *si spiega in questo caso.* " *Le donazioni fatte sotto condizioni che ne cambiassero la natura*

la facoltà di disporre di un oggetto compreso nella donazione, o di una somma determinata da prendersi so-

---

„ La donazione essendo fatta per aver luogo nel caso in cui il „ donante non abbia figli nell' epoca della sua morte, o *sotto un'altra* „ *consimile condizione, che non si verifica se non per la morte del* „ *donante*, non cessa di esser valida come donazione tra vivi „.

Ora questo è anche dippiù; poichè nella donazione fatta sotto condizione che il donante non avesse figli alla sua morte, non è semplicemente se stesso ch' egli preferisce al donatario, ma pur anco i suoi eredi; ed intanto Ricard non opina che una simile coudizione alteri l' essenza della donazione tra vivi. Questo stesso autore, nel suo Trattato delle *Disposizioni condizionali* n. 202, decide formalmente ed in modo generale che la donazione fatta sotto una condizione qualunque siasi, purchè non dipenda dalla volontà del donante, è valida come donazione tra vivi, quand' anche la condizione avesse per oggetto la morte del donatore.

Aggiungiamo che nel caso proposto, il donante si è spogliato del possesso, in modo tale che non è più in sua facoltà di rientrare nella proprietà dell' oggetto donato; che il donatario è diventato realmente proprietario, per verità sotto una condizione sospensiva o risolutiva, secondo che si voglia riguardare, ma che in ogni caso non dipende dal donante di fare o no ch' essa si verifichi. Tal donazione adunque riunisce tutti i caratteri richiesti dalla legge per le donazioni tra vivi. Essa è dunque valida.

Gli stessi principii si applicano al caso in cui la donazione è fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario. Poichè potendo stipularsi che sia risolvibile nel caso della precedente morte del donatario, io non veggo perchè essa non potrebb'esser sospesa sino a tale epoca. Così giudicato della corte di Poitier, il 3 aprile 1818 (Sirey, 1818, 2. par. p. 199).

Quid, se la donazione è stipulata rivocabile nel caso in cui il donante si maritasse? Io la credo nulla; poichè quantunque si riguardi questa condizione come mista, vale a dire come dipendente nel tempo stesso e dall' azzardo e dalla volontà della parte, io penso nondimeno bastare che il donante possa per la sua sola volontà impedire che esista, per fare ch' essa rientri nella classe di quelle che, a' termini dell' art. 944 † 868, annullano la donazione (*a*).

per convertirle in donazioni causa mortis *sarebbero egualmente nulle; per esempio se il donante riserbato si avesse la facoltà di rivocar la donazione nel caso in cui guarisse dalla malattia di cui era attaccato. Egli è allora evidente che il donante preferisce se stesso al donatario, e solo preferisce costui ai suoi eredi: essa è dunque una donazione a causa di morte che non può esser valida se non è fatta nella forma di un testamento: „ Ed uniforme al di lui sentimento è il Grenier, l. c. num. 10, il quale indica questo caso come esempio di una condizione che sebbene sembrasse casuale, pure vizierebbe la donazione.*

(*a*) *Lungamente esamina il sig.* Toullier *questa quistione, e la*

pra i beni donati, la donazione è valida riguardo al restante; ma il donatario non può pretendere alcun dritto sopra la somma o l'oggetto riservato, il quale è devoluto agli eredi del donante ogni qualvolta questi sen muore senza averne disposto, e quand'anche la dona-
946 zione contenesse la clausola espressa che in mancanza di
870 disposizione l'oggetto apparterrebbe al donatario (136);

(136) *Quid*, se il donante si ha riserbato la facoltà di disporre d'una rendita vitalizia in favore di qualcheduno? Il principio generale che risulta dall'art. 946 † 870 si è che il donatario non dee in alcun caso profittar della cosa che il donante si ha riserbato. Ciò posto io penso che nel caso in quistione, bisogna distinguere: se la disposizione è stata fatta, e 'l godente della rendita sia sopravvivuto al donante, i di costui eredi nulla hanno a reclamare. In fatti, che potrebbero essi domandare? Non il capitale della rendita, poichè, sulle prime, una rendita vitalizia si reputa che non ne abbia; e d'altronde se ne avesse uno, esso sarebbe irrevocabilmente acquistato dal donatario, mentre il donante non si avea riservato che di disporre della rendita. Non la rendita per se stessa, mentre il donante ne ha disposto a favore di una persona che noi supponiamo capace di ricevere. Ma se tal disposizione non siasi fatta dal donante, io penso che i di costui eredi pos-

discute contro il Grenier, *che nella citata sua opera, tom. 1 par. 2, n. 13 p. 16 ed. nap., sostiene la nullità della donazione come ha fatto il nostro autore. Egli dice, l. c. n. 272, che l'art. 944 non annulla che le donazioni la di cui rivocazione dipende dalla* sola *volontà del donante, espressioni che sembrano scelte espressamente per togliere il dubbio che si era elevato nell'antica giurisprudenza e che non era stato ancora risoluto: basta ciò per non andare al di là del testo in un punto in cui esso si allontana dalla semplicità del dritto naturale; aggiugne che una tale condizione rientra nello spirito della legge che annulla le donazioni per sopravvegnenza de figli. Risponde a* Grenier *che opponendo l'art. 1170 † 1123 ne deduce che il matrimonio del donante sia un avvenimento ch'è in suo potere di far verificare, o d'impedire, e trova quest'induzione inesatta; poichè dipende certamente da lui solo d'impedir questo avvenimento, e la clausola colla quale si riserbasse la facoltà di rivocare, s'egli non si rimaritasse, annullerebbe la donazione, perchè questa condizione dipende dalla* sua sola volontà: *ma non è così della condizione di maritarsi che dipende* e dalla sua volontà, e dalla volontà *di un'altra persona. Conchiude doversi applicare a questa condizione non l'art. 1171 † 1124, che definendo la condizione mista quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti, e dalla volontà di un terzo, classifica evidentemente quella del caso in cui il donante si maritasse.*

Noi forse non siamo del sentimento di questo profondo scrittore, ma quante quistioni svanirebbero con una migliore reduzione del Codice?

2. Alle donazioni di beni futuri (137). Ma per la

---

sano domandare che sia loro somministrata la rendita durante il tempo che viverà la persona nominata; poichè è certo che riguardo a questa rendita, il dritto del donatario dipendeva interamente dalla volontà del donante: il che basta per annullare la donazione.

Quid, se questa persona è morta prima del donante? Io penso che gli eredi nulla possano reclamare, sia che la disposizione abbia avuto luogo sia che non l' abbia avuto, mentre può dirsi in questo caso che la cosa riservata è estinta. (V. una decisione della corte di appello di Aix del 17 termidoro an. 13, *Giorn. della giurisp. del cod. civil.* tom. 5. pag. 353) (*a*).

(137) S' intendono sotto questo nome tutte le donazioni il di cui effetto può essere annullato o diminuito dal fatto del donante, talmente che l' ammontar della donazione non potrebbe trovarsi irrevocabilmente stabilito che nella sua morte. Tal' è per esempio la donazione di tutti o di parte de' beni che il donante lascerà alla sua morte, donazione ammessa in favore de' conjugi e nel contratto di matrimonio. Tal' è pure la donazione tra vivi, ma rivocabile a volontà del donante, come le donazioni tra marito e moglie durante il matrimonio. Tale sarebbe ancora la donazione d' un oggetto qualunque con facoltà al donante di disporne se lo giudica convenevole, o quella d' una data somma da prendersi sui beni che il donante lascerà alla sua morte. Tutte queste sorte di donazioni sono nulle, quando non abbian luogo altrimenti che trai sposi, o per contratto di matrimonio ed in favor degli sposi.

Quid, a riguardo d' una data somma pagabile in morte del donante? Questa donazione è valida, poichè con essa il donante diventa debitore del donatario dal momento in cui essa ha avuto luogo. Certamente è in suo potere di rendere inefficace l' azione del donatario dissipando tutti i suoi beni, e diventando insolvibile, se tuttavia non siasi stipulata ipoteca nella donazione. Ma sarebbe lo stesso riguardo a tutti i creditori, qualunque essi fossero, il di cui dritto non sussiste meno tuttochè sia reso nullo per l' insolvibilità del debitore. E nel caso nostro il dritto del donatario è tanto poco annullato, che se il donante lasciasse un erede che accettasse puramente e semplicemente la sua successione, sarebbe questi obbligato a pagare l' ammontar della donazione, quand' anche nulla vi fosse nell' eredità; quandochè se la donazione fosse d' una somma da prendersi sui beni lasciati alla morte, l' erede anche puro e semplice, nel caso in cui tal donazione fosse valida, potrebbe liberarsi da un tal obbligo abbandonando tutti i beni trovati nella successione, e verificati col mezzo dell' inventario. (*V.* Ricard, *delle Donaz.* par. 1, n. 1036, nota, (*a*)). In conseguenza, venne con ragione giudicato dalla corte di Metz nel 5 agosto 1819 (Sirey, 1821, par. 2, p. 7), che una simile donazione doveva esser riputata di beni futuri (*b*).

(*a*) *Dice lo stesso Grenier citando la dec. della corte di Aix nel num.* 17 *del suo Trattato, ivi pag.* 20, *se non che s' indica il* 19 *term. in vece del* 17, *e la pag.* 253 *in vece di* 353.

(*b*) *Poichè la donazione tra vivi dee raggirarsi sopra i beni pre-*

stessa ragione pocanzi riferita, se la donazione compren-
943 de dei beni presenti e futuri, essa non è annullata che
867 riguardo a questi ultimi (138);

3. Alle donazioni fatte sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi qualunque, diversi di quelli che hanno una data certa (139), che esistevano all'epoca della donazione, o che fossero espressi sia nell'atto di
945 donazione (140), sia nell' atto di descrizione e stima che
869 dovrà esservi annesso.

---

(138) Nell'antico dritto essa era nulla nel tutto (art. 15 dell'Ordinanza).

(139) Per sapere quando un atto ha una data certa, vedete l'art. 1328 † 1282.

(140) Se il debito non avendo per se stesso data certa è rapportato nell'atto della donazione, esso acquista una data certa con questa menzione. Se non si richiedesse che il debito avesse una data certa, egli è evidente che sarebbe in potere del donante l'annullare l'effetto della donazione contraendo posteriori debiti, a'quali potrebbe colle antidate dare un'epoca anteriore alla donazione.

Quid, se la donazione sia universale de' beni presenti? Io penso che il donatario è tenuto, anche senza stipulazione, e non ostante qualunque contraria convenzione, a pagar tutti i debiti esistenti all'epoca della donazione sino alla concorrenza de' beni in essa compresi, se siano però verificati col mezzo dell'inventario. *Aes alienum est onus universitatis* (art. 1084 e 1085 † 1040 e 1041); ma col peso al creditore di provare l'anteriorità del suo credito alla donazione (argom. tratto dall'art. 1410 † T). Lo stesso riguardo al donatario a titolo universale, il quale debb' esser tenuto ai debiti pro rata.

Quid, se siasi formato lo stato de' debiti annesso alla minuta della donazione universale o a titolo universale, e si presenti un creditore non compreso in questo stato, ma il di cui credito abbia ciò non ostante una data certa anteriore alla donazione? Lo stato non ha effetto che tra 'l donante e 'l donatario, e per togliere al primo la facoltà di diminuire o annullare la donazione col mezzo di debiti a'quali potrebbe darsi una data supposta. Ma esso non può essere opposto al creditore, nè toglierli il dritto di agire contro il donatario, come detentore dell'universalità de' beni del suo debitore.

Io dico, *non ostante qualunque contraria stipulazione*, nel senso che la clausola la quale dispensasse il donatario dal soddisfare tutti i debiti, o una parte proporzionata alla quota de' beni presenti che gli fosse stata donata, sarebbe in verità valida tra lui e 'l donante, ma

senti, ne segue che chi voglia donare una somma od una prestazione annua, la quale debba esser pagata in morte sua, dee darla sopra i suoi beni presenti. Se nella donazione si dicesse che debbasi prendere sui beni che il donante rimarrebbe in morte, la donazione sarebbe nulla. V. Grenier. l. c. num. 7.

Se il fatto solo del donante non è tale da portar verun pregiudizio alla donazione, essa può d'altronde essere rivocata per effetto delle circostanze indipendenti dalla sua volontà; queste circostanze son quattro:

---

essa non avrebbe alcun effetto riguardo ai creditori. (*V.* Ricard, *delle Donaz.* par. 3. n. 1509 e seg. e particolarmente il num. 1523).

Ciò non ostante, io non debbo dissimulare che questo autore sembra di avere abbracciato il contrario parere (*ibid.* par. 1. n. 1025), dove par che decida, non potere il donatario, anche universale, dei beni presenti esser tenuto de'debiti che per l'azione ipotecaria. Ma io penso che val meglio adottare l'opinione ch'egli professa nel citato num. 1523, in cui stabilisce che non sono veramente beni se non quelli che restano *deducto aere alieno*, e che per conseguenza quando una persona dona tutti i suoi beni presenti, essa non intende donare che quel che rimane dopo il pagamento di tutti i debiti.

Noi aggiungiamo, *sino alla concorrenza de' beni compresi* nella donazione, perchè il donatario non è tenuto ai debiti come successore del donante o come rappresentante della sua persona. Non si succede ad una persona vivente. Egli non n'è dunque tenuto, se non perchè sono essi un peso de'beni che gli sono stati donati. Ora è massima che colui il quale è tenuto per una obbligazione *propter rem*, viene ad essere discaricato *rem derelinquendo*.

Quid, se si fosse stipulato che il donatario pagherà tutti i debiti del donante che hanno data certa al momento della donazione, sarebbe egli tenuto anche al di là del valore della donazione? Possono applicarsi qui i principii contenuti nella seg. nota 148. Pertanto se la differenza fosse molto sensibile, si potrebbe sostenere che vi è dolo per parte del donante, il quale dovea conoscere la sua situazione, e che ha potuto abusare dell'ignoranza del donatario.

Che bisogna intendere per un donatario a titolo universale? Io credo che non possa con tal nome chiamarsi che il donatario di una quota della successione e non quello di una specie di beni, come di tutti o parte de' mobili o d'immobili. Nè ostano gli art. 1010 e 1012 † 964 e 966. In fatti il legatario di tutti o di parte de' mobili o degli immobili non è tenuto ai debiti se non perchè il Codice così ha voluto, decidendo ch'egli doveva esser riguardato come un legatario a titolo universale. Ma questa decisione, ch'è sotto alcuni rapporti esorbitante dal dritto comune, debb'essere ristretta nel suo caso, nè può essere ad un altro caso estesa. D'altronde quale imbarazzo non risulterebbe dalla contraria opinione? Quando una persona dona un quarto de' suoi beni, il donatario è tenuto al quarto dei debiti: nulla di più facile di applicare ed eseguire questa disposizione. Ma se la donazione sia di tutti i mobili, per es., come determinare la parte che il donatario dee sopportare ne'debiti? Bisognerebbe dunque obbligare il donante a far l'inventario estimativo di ciò che gli resta, il che è assurdo (*a*).

(*a*) *Quindi la donazione è universale o a titolo universale, l'obbligazione del donatario relativamente ai debiti è unicamente stabi-*

1. La premorienza, sia del donatario, sia di lui e della sua discendenza, ove però questo caso sia stato previsto, e la riversione stipulata; 951 876

2. L' inadempimento delle condizioni apposte alla donazione;

3. L' ingratitudine del donatario;

4. La soprevvegnenza di figli al donante (141). 953 878

§. I.

Del dritto di riversione (142).

Il dritto di riversione, come dicemmo poc' anzi, è quello che il donante si è riservato nell' atto stesso della donazione, di riprendere gli effetti donati tanto nel caso della premorienza del donatario solo, quanto del donatario e de' suoi discendenti (143). Questo dritto non si

---

(141) Evvi inoltre un modo particolare di rivocazione per le donazioni fatte trai conjugi durante il matrimonio. Ne sarà trattato qui appresso cap. VI, sez. II.

(142) Vi esiste sul dritto di riversione delle donazioni un particolare trattato fatto da De la Rouvriere.

(143) *Quid*, se il dritto di riversione sia stato stipulato nel caso della preventiva morte del donatario, e che quest' ultimo incorra la morte civile, vi sarà apertura immediatamente al dritto di riversione, o soltanto nel caso in cui il donatario morisse naturalmente prima del donante? Il motivo per dubitare sorge dal perchè nelle convenzioni la parola morte s'intende unicamente della morte naturale. Ciò non ostante io penso che il dritto di riversione debba aver luogo immediatamente nel proposto caso. Egli è infatti evidente che il donante ha inteso di preferir se a tutti gli eredi del donatario. Sempre che dunque la successione del donatario è aperta a profitto de'suoi eredi, io penso che vi debba esser luogo al dritto di riversione (*a*).

lita sulla presunzione che il donante abbia inteso donare quello che possedeva dedotti i debiti. Questa presunzione però può essere distrutta da una convenzione contraria; ed in tal caso le condizioni stipulate formano la legge tanto pel donante che pel donatario. Del resto è fuor di dubbio che l' obbligazione di pagare i debiti del donante espressa nella donazione debba intendersi per quelli ch' esistevano al tempo della donazione, e non per gli altri che allora non esistevano. In tal guisa giudicò la Corte di appello di Monpellieri con decisione del 18 gennaio 1808 riportata nella Giurisprudenza del Codice civile Vol. 14, pag. 196. — V. Grenier l. c. num. 89.

(*a*) Toullier *è pure dello stesso avviso. Pur si potrebbe dire che*

presume (144); debb'essere espressamente stipulato, e

Quid, se la riversione è stipulata pel caso della precedente morte del donatario senza figli? Il dritto alla riversione è perduto, per ciò solo che il donatario ha lasciato figli, quand'anche costoro venissero a morire prima del donante. Egli poteva stipulare la riversione nel caso della premorienza de' figli del donatario, e non l'ha fatto. La clausola non può essere estesa da un caso all'altro.

Sarebbe lo stesso qualora i figli del donatario rinunziassero alla sua successione. La sola esistenza de' figli ha fatto mancare la condizione sotto la quale il dritto di riversione poteva aver luogo. Così fu giudicato con un arresto del Parlamento di Parigi del 10 marzo 1608; rapportato da ROUSSEAUD DE LA COMBE alla voce *Reversion*, n. 2.

Quid, se la riversione sia stata stipulata nel caso della premorienza del donatario senza prole, e che questi lasci un figlio adottivo? Giudicossi con ragione dalla cassazione nel 27 giugno 1822, che ciò non impedisce la riversione (*Bullet.* n. 85); altrimenti sarebbe lo stesso che mettere in mano del donatario un facile mezzo per impedir l'esercizio di questo dritto.

(144) Salvo il caso dell'art. 747 † 670. Ma noi dimostrammo su

dove la legge non l'ha diversamente spiegato la voce morte non debba intendersi che della naturale. La morte civile non è che una finzione cui non possono attribuirsi altri effetti che quelli spiegati per la successione che si apre, e non per altre conseguenze risultanti dalla morte naturale. Infatti il nostro Autore nella susseguente nota 247 §. 10, decide che l'evento della morte civile del terzo non produce le stesse conseguenze della di lui morte naturale per l'avveramento della condizione; e TOULLIER *nel caso della donazione fatta durante la morte civile del figlio, opina che non sia essa rivocata per la sopravvegnenza di altro figlio al donante, per non doversi estendere l'espressione di vita a quella civile, forzando il senso della legge con una interpretazione estensiva ed arbitraria, l. c. n. 300. Come dunque estend' egli l'espressione di morte alla civile nel num. 291? Ma che direbbesi nel caso di un giudizio di revisione in forza del quale il morto civilmente risorgesse per dichiarazione d'innocenza, e fosse riabilitato ne' suoi dritti civili? Questa riabilitazione, dice lo stesso Autore n. 299, non rivocherebbe la donazione fatta durante la morte civile, perchè il padre poteva e dovea prevederlo. E perchè non dee dirsi lo stesso nel caso proposto della riversione?*

Grenier, loc. cit. num. 39 e 40, sostiene egualmente doversi operare la riversione in favore del donante per la morte civile del donatario; ma dichiara ch'essa non ha luogo se costui lascia figli; non ostante la contraria decisione del 19 piov. an. 12 della corte di Monpellieri, e dell'arresto del 13 messid. an. 13 di quella corte di Cassazione che ne rigettò il ricorso; perchè trattavasi di morte civile avvenuta nell'antica legislazione, ed i dritti di riversione non erano tanto determinati quanto al presente. Aggiunge pure che la moglie del donatario morto civilmente conservò similmente i suoi dritti.

951 non può esserlo che a benefizio del solo donante (145). 876

quell' articolo che non trattavasi, a propriamente parlare, di un dritto riversivo, ma di un dritto di successione.

La corte di Nimes giudicò nel 20 agosto 1808 (in verità sotto la legge del 17 nevoso; ma non evvi alcuna ragione di differenza) che le parole *in anticipazione di eredità* rinchiudessero una tacita stipulazione del dritto riversivo (Sirey, 1810, 2. par. p. 563). Sembra essere stato giudicato lo stesso dalla corte di Grenoble il 18 maggio 1818, ed il ricorso contro tal decisione fu rigettato il 10 agosto 1820 (*ivi*, 1821, 1. par. p. 194). In punto di dritto, parmi, queste decisioni non esser ammissibili, poichè tutte le donazioni in linea retta discendente si reputano fatte in anticipazione di eredità; risulterebbe quindi da ciò, che si presumerebbe che tutte queste donazioni contengano il dritto di riversione; ciò che non è, nè deve essere. (Arg. tratto dall'art. 747 †. 670, che non accorda all'ascendente donatore se non un dritto di successione). Ma egli è possibile che in queste donazioni siavi state alcune clausole o alcune circostanze, le quali abbian potuto far presumere che l'intenzione del donante fosse stata che il dritto di riversione avesse luogo. Almeno questo motivo è uno di quelli che sono stati adottati dalla corte di Grenoble.

(145) Sarebbe altrimenti questa una sostituzione simulata in favor di quegli a cui pro si sarebbe stipulato il dritto di riversione; ed abbiamo veduto al principio di questo Titolo che le sostituzioni sono in generale vietate (V. un arresto di cassazione del 22 giugno 1812, riportato da Sirey, 1813, 1. parte, pag. 24). Ma se esistesse la clausola riversiva in vantaggio di altri che il donatore, sarebbe essa nulla, o renderebbe nulla la disposizione? Parmi che tutto dovrebb' esser nollo (*a*). Si dirà in vano che la clausola della riversione non produce che un dritto eventuale, che può non realizzarsi giammai: rispondo che nella specie, se il donante ha stipulato il dritto riversivo in beneficio de'suoi eredi, questo non è eventuale, poichè ciascuno che muore ha sempre un erede, non fosse altri che il fisco; ed in secondo luogo, che in una disposizione col peso di conservare e di restituire, la con-

(*a*) *Propone la stessa quistione il Grenier, loc. cit. num. 34, ma distingue la clausola di riversione scritta nettamente pel caso preciso della morte del donatario, ovvero della mancanza della di lui discendenza vivente il donante, ed in essa siasi detto che gli oggetti donati ritornano al donante, o ad altri congiuntamente, o a determinate persone diverse dal donante, dalla donazione in cui siasi semplicemente preveduto il caso che il donatario muoja senza figli o discendenti, anche dopo il donante, e siasi stipulato che anche in questo caso gli oggetti donati ritornino agli eredi del donante. Nel primo caso egli opina non potersi dire che l' atto contenga sostituzione fedecommessaria, ma potersi sostenere la validità della donazione principale e la nullità della sola stipula della riversione.—Veggansi ivi le ragioni che adduce; per noi la riforma fatta all'art. 899 del Cod. civ. col nostro art. 944, la disposizione principale resta sempre valida, e nulla soltanto la convenuta riversione.*

La donazione in questo caso si considera fatta sotto una condizione che dicesi *risolutiva*. L' effetto di questa condizione, quando essa è adempita, essendo quello di rimettere le cose nello stato medesimo come se la disposizione non avesse mai avuto luogo, ne deriva che tutte le alienazioni dei beni donati fatte dal donatario o dalla sua posterità, restano egualmente sciolte, ed il donante riprende i detti beni (146) liberi da tutti i carichi e le ipoteche impostevi tanto dal donatario ec., quanto dai terzi detentori. 1183 1136

Se però la donazione è stata fatta nel contratto di matrimonio del donatario, allora nel caso d' insufficienza degli altri suoi beni, quelli compresi nella donazione restano, anche dopo l' esercizio del dritto di riversione, soggetti all' ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali risultanti dal contratto di matrimonio nel quale la donazione è stata fatta (147). 952 877

---

dizione onerosa non impedirebbe che vi fosse sostituzione, e vi sarebbe per conseguenza luogo all' applicazione dell' art. 896 † 941; come si vedrà nella seguente nota 351. Se dunque è vero che nella specie evvi sostituzione, la eventualità della disposizione non dee impedirne la nullità. Ciò non ostante la corte di cassazione giudicò nel 3 giugno 1823, che in questo caso la clausola di riversione doveva essere riguardata come una clausola contraria alle leggi e quindi non scritta. (*Bull.* n. 61). Io credo questo arresto conforme all'equità, ma contrario alla legge. Imperciocchè il dritto di riversione a vantaggio di altri che il donante non ha potuto esser proibito, se non perchè racchiude una vera sostituzione, e quindi esso diventa suscettibile dell' applicazione dell' art. 896 † 941.

(146) Di pieno dritto. La risoluzione non ha d' uopo di esser domandata in giudizio. *Quid*, a riguardo dei frutti? Avviserei senza difficoltà che la restituzione dovesse eseguirsi dal giorno dell'avvenimento che dà luogo all' apertura del dritto riversivo. Nè osta l' art. 962 † 887; poichè in esso l' evento che dà causa a rivocar la donazione può benissimo essere ignorato dal detentore de' beni, che dee in conseguenza riguardarsi come possessore di buona fede sino a che l'avvenimento non gli è stato notificato; qui al contrario non può l' avvenimento essere ignoto alle parti. Dietro questa distinzione che mi sembra fondata sulla equità, se i beni fossero stati alienati, penso che i terzi acquirenti non sarebbero tenuti alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della notificazione dell' avvenimento, accompagnata dalle domande di restituire (art. citato 962).

(147) La famiglia della moglie ha dovuto contare, per la sicurezza della dote, sulla garentia de' beni donati. Sovente ancora il valore della donazione fatta al marito è quella che determina il *quantum* della dote. La speranza della famiglia non debbe esser delusa; e da ciò io conchiudo che se il donante ha stipulato nel contratto che i

§. II.

Dell' inadempimento delle condizioni.

Le disposizioni del paragrafo precedente sono egualmente applicabili al caso d' inadempimento, per parte del donatario, delle condizioni apposte alla donazione (148).

beni donati non andran soggetti all' ipoteca della moglie, la convenzione è valida e debb' essere eseguita (a).

Quid, se i beni che il donatario avea al momento del matrimonio o che acquistò dappoi, fossero stati di un valore sufficiente, ma che egli gli abbia venduti e che l' ipoteca legale della moglie sia stata purgata, potrà ella rivolgersi su i beni donati ? Io credo che no, e ciò per argomento desunto dall' art. 2037 † 1909 (b).

Quid, se la moglie viene a morire, ed il conjuge si rimarita, avrà la seconda moglie l' ipoteca per i suoi dritti vedovili sui beni donati ? No senza dubbio; poichè la sua ipoteca non emerge dal contratto in cui si fece la donazione. Ma potrebbe il donatore, intervenendo nel secondo contratto, consentire all' ipoteca ? Io non ravviso in ciò difficoltà alcuna. Ma vi sarà questa differenza che l' ipoteca della prima moglie era legale ed aveva in conseguenza effetto senza stipulazione; mentre che l' ipoteca della seconda essendo convenzionale, farebbe mestieri che fosse espressa, speciale ec., e che fosse inoltre inscritta; e non prenderebbe posto che dal giorno della inscrizione. Io non penso intanto che della iscrizione fosse uopo in faccia al donante, se avesse egli consentito all' ipoteca, come non lo è in generale in faccia al debitore; ma lo sarebbe certamente in faccia ai suoi creditori.

(148) Ma ha il donante la scelta di domandare la rivocazione o di costringere il donatario ad eseguire le condizioni imposte? Confesso che la giurisprudenza antica e la maggioranza degli autori par che abbiano adottata l' opinione che il donatario può sempre dispensarsi

(a) *Vi concorda il Grenier l. c. num.* 38.

(b) *Se il marito donatario avesse de' beni sufficienti per garentire la dote e le convenzioni matrimoniali, o che non avendone allora ne acquistasse in seguito, e questi presentassero la stessa sicurezza, la moglie dovrebbe prendere delle precauzioni onde conservare la sua ipoteca legale sopra tutti tali beni, in caso di vendita dalla parte del marito, conformemente al cap.* 9 *del Tit. del Cod. sui* privilegi, e le ipoteche. *È interesse della moglie, riflette Grenier l. c. num.* 37, *d' invigilare su di ciò; poichè la legge le accorda sopra i beni gravati di riversione soltanto una ipoteca sussidiaria: trascurando la sua ipoteca sui beni proprii del marito, colla veduta di conservarla sopra i beni donati, ella cangerebbe la sua posizione in pregiudizio del donante; ella trasferirebbe la ipoteca principale sopra i beni donati, e la ipoteca solamente sussidiaria sopra i beni personali del marito, il che sarebbe contrario all' equità ed al voto della legge.*

*

Anzi l' effetto è ancora più esteso, giacchè anche nel caso di donazione fatta per contratto di matrimonio, l'ipoteca

---

dall' esecuzion delle condizioni, rinunziando al dono. Ma io non ravviso alcuna ragione plausibile di questa decisione, che mi sembra contraria ai principj del dritto romano, (l. 70 §. 1. *versic. haec ita*, *D. de Legatis* 2.°); ed all' art. 1184 † 1137 del Codice. In effetti, è indubitato esser la donazione un contratto ed averne tutti i caratteri, anche quando è puramente gratuita. *Il contratto di beneficenza*, dice l' art. 1105 † 1059, *è quello in cui una delle parti procura all' altra un vantaggio meramente gratuito*; è a più forte ragione un contratto allorchè contiene dei pesi. Ora, nei contratti *quae sunt ab initio voluntatis*, *ex post facto sunt necessitatis*. Per ciò l' art. 1184 formalmente decide che la parte che ha adempito ai suoi impegni possa, in verità, domandare la risoluzion del contratto nel caso in cui l' altra non adempia ai suoi; ma che possa altresì rinunziare a questa azione e forzar l' avversario ad eseguir la convenzione allorchè può questa recarsi ad effetto. D' altra banda la risoluzione dell' atto non è una specie di pena imposta dalla legge a colui che non esegue la convenzione? e l' art. 1228 † 1181 non dispone forse che il creditore al cui pro si è stipulata una penale, può astenersi dal domandarla, ed agire per l' esecuzione dell' obbligo principale? Che può replicarsi a questi principii inattaccabili? Dicesi che non possa esservi donazione, se non in quanto sievi del vantaggio pel donatario. Ciò è vero, ma qual conseguenza dee trarsi da questa proposizione? Che tutte le volte in cui i pesi eccedono o uguagliano le cose donate, non v' ha donazione, nel senso che non è il donatario astretto alle disposizioni prescritte per le sole donazioni, come il rigor dei solenni, la necessità della trascrizione, la riduzione per le legittime, l' obbligo di fornir gli alimenti al donante, ec. Ma, dal non essere l' atto una donazione, si può egli conchiudere che sia un nulla? E l' assioma, *plus valet quod actum, quam quod scriptum intelligitur*, non dee ricevere la sua applicazione? Dall' aver le parti chiamato donazione un atto che non lo è, ma che contiene una vendita, per esempio, ne segue che non debba quell'atto valer come vendita? E può dirsi allora che abbia dritto l' acquirente di desistere dal contratto per dispensarsi di adempiere alle condizioni imposte?

Si opporrà forse anche l' art. 17 dell'Ordinanza delle donazioni confermato dall'art. 1084 † 1040 del Codice, il quale permette al donatario dei beni presenti e futuri di attenersi, nel momento della morte del donante, ai beni presenti, e rinunziare ai beni futuri, se i debiti contratti dopo la donazione ne eccedessero l' ammontare. Ma risponderò, che bisogna guardarsi dal confondere la donazione di beni futuri con quella di beni presenti. La prima non trasmette nulla, e non è se non una speranza, una promessa di tutta o parte della successione. Ma questa non si aprirà giammai che nel momento della morte, e solo in questo momento potrà il donatario conoscere i pesi di cui è gravata. Era quindi giusto di accordargli sino a tal punto il dritto di rinunziarvi, ed intanto fu d' uopo anche per questo di una espressa disposizione di legge. V' esiste una consimile disposizione per le donazioni

della dote e delle convenzioni matrimoniali della moglie del donatario non è accettuata (149) dalla disposizione

tra vivi? No certamente, e non senza ragione, poichè in queste donazioni il donatario vien immediatamente posto in possesso; i pesi debbono essere espressi formalmente nell'atto di donazione, o in uno stato a quello annesso: il donatario non può sostenere di averne ignorato l'ammontare; ed allorchè si presume di aver accettato in piena cognizione di causa, pretendere che possa dispensarsi dall'eseguire le condizioni, rinunziando alla donazione, è a mio credere lo stesso che violar tutti i principj relativi alle obbligazioni convenzionali.

Finalmente l'art. 1052 † 1008 mi sembra decisivo in favor di questa opinione. Esso decide in fatti in modo formale che coloro cui sia stata fatta in primo luogo una donazione senza alcun peso, e che ne accettano una seconda sotto la condizione che i beni precedentemente donati saran gravati di restituzione, non possono rinunziare a questa seconda disposizione affin di rendere con tal mezzo liberi nelle loro mani i beni compresi nella prima. Parmi che sia impossibile decidere in modo più espresso che il donatario non hà dritto di rinunziare alla donazione per dispensarsi dal soddisfarne i pesi.

Nota. Evvi per verità una decisione della corte di Parigi del 25 febbrajo 1819, riportata nel Sirey, 1819, par. 2, p. 273, che sembra aver giudicato il contrario. Ma questa decisione ha semplicemente posto come principio quello ch'era in quistione; e d'altronde si trattava unicamente di sapere, se un donatario universale può esser tenuto *ultra vires*; il che non è esattamente il caso d'un donatario che si è obbligato espressamente all'adempimento di taluni pesi, o talune condizioni.

Quid, se la condizione è a vantaggio di un terzo, avrà costui l'azione per chiederne l'esecuzione? Sì, (l. 3, Cod. *de donat. quae sub modo*; ed art. 1121 † 1075 del Cod.); ma qui si limita la di lui azione, e se il donatario si rifiuta, ei non potrà formar la domanda di rivocazione, la quale appartiene al solo donante.

Ma potranno il donante ed il donatario con una novella convenzione rivocare la condizione apposta a pro di un terzo? Sì, ma solamente fino a che non abbia costui dichiarato di volerne profittare. (V. l'art. 1121 e le note 113 114 115 e 116 a questo Titolo p. 106 e seg.)

(149) La moglie e la di lei famiglia han dovuto conoscere le condizioni. Doveano essi vigilare alla di loro esecuzione (*a*).

(*a*) *Veramente l'art. 954 citato nel margine dall'autore nol dice espressamente come lo dice l'art. 963 † 888 nel caso della sopravvegnenza de' figli, ma ciò risulta dal principio che non essendosi adempiuta la condizione sotto cui si sono contratti taluni obblighi, la risoluzione di questi si opera in modo da rimettere le parti nel medesimo stato in cui erano prima; al pari che nella inesecuzione di tutti gli altri obblighi contratti anche sotto condizioni giusta gli art* 1183 e 1184 † 1136 e 1137 *relativi alla natura ed all'effetto della* condizione risolutiva *apposta nelle convenzioni in generale.*

che fa ritornare i beni liberi e sciolti da tutti i pesi nelle mani del donante (150). Ma come il fatto dell' ineseccuzione delle condizioni debb' essere provato, bisogna necessariamente che la rivocazione sia domandata e pronunciata in giudizio (151). 954 879 956 881

---

(150) Ha dunque in questi casi il donante l' azione reale contro i terzi possessori; ma se la condizione è di natura da essere adempita da ogni sorta di persone, possono i terzi adempirla in nome ed invece del donatario. (Arg. tratto dall' art. 1237 † 1190.) Come hanno egualmente il dritto di fare una opposizione di terzo contro la sentenza che pronunciò la rivocazione, se credono di aver mezzi sufficienti per farla annullare. Certamente essi sono nel caso dell' art. 474 † 538 del Cod. di procedura.

(151) In qual termine debb' esser formata la domanda? Tacendo su questo punto la legge, è mestieri che vi si applichi la regola generale che vuole che tutte le azioni si prescrivano con trent'anni, allorchè la legge non ha determinato un intervallo più breve. Non è qui il caso di applicare l'art. 1304 † 1258, poichè non si tratta di far rescindere il contratto, ma, al contrario, di chiederne l' esecuzione.

In effetti, essendo sottintesa la condizione risolutiva in tutte le convenzioni sinallagmatiche, ciò sarebbe come se il donatario si fosse espressamente obbligato a restituire i beni nel caso in cui egli non soddisfacesse alla imposta condizione. Ora è indubitato che l'azione risultante da una simile convenzione dura trent' anni. È questo ancora l' avviso di Ricard, *delle Donazioni*, par. III. n. 729.

Ma da quel momento decorrono i trent' anni? Dal giorno in cui il magistrato giudicherà che la condizione abbia potuto e dovuto essere eseguita dal donatario. Poichè non è che da quel giorno che l'azione per la rivocazione ha potuto aprirsi in favore del donante. V. l' art. 2257 † 2163.

Si osservi che trattasi qui di condizioni potestative per parte del donatario. Ma se la condizione fosse casuale, avvenendo il caso vi sarebbe risoluzione e non semplicemente rivocazione; talmentechè la proprietà de' beni ritornerebbe *de plano* al donante, il quale nel caso di rifiuto dei detentori, sia il donatario o altri, potrebbe formare direttamente contro di essi una domanda di rivendicazione.

I frutti sono essi dovuti e da qual' epoca? Se la condizione era potestativa, penso essere i frutti dovuti dal giorno in cui avendo potuto soddisfare alla condizione non lo ha fatto: poichè ha cessato da quel momento di essere possessore di buona fede. Ma se quella era casuale, non dee i frutti se non dal giorno in cui ha dovuto conoscere l' avvenimento che da luogo alla risoluzione. I terzi non debbono i frutti in qualunque siasi caso, se non dal giorno della citazione.

Si osservi inoltre 1.° che l' azione di cui è parola passa agli credi del donante, anche se costui non l' avesse intentata mentre che visse.

2.° La condizione essere riputata impossibile, e quindi come non scritta, se per caso fortuito non ha potuto verificarsi, qualora non siavi stata alcuna negligenza per parte del donatario.

§. III.

Dell' ingratitudine del donatario.

I fatti d' ingratitudine essendo moltiplici, e la quistione se il tale o tal fatto sia sufficiente ad operare la ri-

---

3.° Esistervi una importante diversità tra la condizione e la causa o sia motivo. Il non adempirsi la condizione dà luogo alla rivocaziona. La falsità del motivo espresso nella donazione non ha in generale lo stesso effetto (L. 3. ff. *de donat.*) Esempio.

Dono tal cosa a Pietro se egli ha bene amministrato i miei affari. La donazione è condizionale, e se Pietro non gli ha amministrati, o lo ha mal fatto, essa è nulla, ed in tal caso deve Pietro dimostrar la gestione, e la buona gestione.

Dono tal cosa a Pietro, poichè egli ha bene amministrato i miei affari. Non vi ha qui condizione alcuna, e la donazione è valida ancha quando costui non avesse amministrato, o lo avesse mal fatto. La ragion di così decidere deriva dal perchè la donazione non ha bisogno di altra causa che quella della benevolenza del donante per lo donatario. In conseguenza poco importa che il motivo allegato sia falso oppur vero, poichè la donaziona sarebbe valida anche quando non ve ne fosse alcuno. LL. 52 e 65, §. 2. ff. *de cond. indeb.*

Ma, ciò non ostante, se si potesse dimostrare che la donazione non avrebbe avuto luogo senza l' esistenza del motivo, dovrebbe essere annullata. È questo ancora l' avviso di Ricard, *ibid.* n. 340, fondato sulla l. 72 §. 6 ff. *de condit. et demonstrat.* Io penso che dovrebbe esser lo stesso, se costasse esservi stato dolo per parte del donatario; *puta*, se nel caso proposto, avesse egli fatto credere al donante di avere amministrate le sue cose, mentre non era così.

Evvi ancora un altra specie di causa o di motivo che i Romani chiamavano *modus*, in dritto francese *incarico*, *peso* (*charge*) Veggasi più giù al capitolo *delle Disposizioni testamentarie.* Evvene un altro finalmente che potrebbe piuttosto chiamarsi indicazione di uso, d' impiego, come in questa disposizione: *Dono e lego a Pietro per ajutarlo a stabilirsi e fargli fare i suoi studii ec.* Queste specie di disposizioni sono considerate come pure e semplici, e ciò che vi è aggiunto si riguarda messo semplicemente per disegnare un impiego dietro il bisogno probabile dal legatario, ma senza che ne risulti per parte sua alcuna necessità di conformarvisi. Quindi si giudicava costantemente in questo caso dovere il legato immediatamente pagarsi, e potersi ancora trasmettere agli eredi del legatario in caso che costui morisse prima che l' impiego indicato avessa potuto esser fatto. (Ricard, *delle Disposizioni condizionali*, n. 43 e seg.) Un arresto del parlamento di Bordeaux del 3 giugno 1668 rapportato nel *Giornale del Palazzo* ha del pari giudicato che un legato fatto da una zia alla sua nipote pagabile un anno dopo il costei matrimonio, poteva essere domandato dalla legataria sebbene non maritata, ma nell' età di ventisei anni: la qui-

vocazione della donazione, potendo occasionare infinite dispute, si è rimediato a questo inconveniente col determinare in un modo preciso per quanto è possibile quali siano tra questi fatti quelli che possano dar luogo alla rivocazione (152).

---

stione soffri non per tanto qualche difficoltà, poichè si ha dalla decisione che i giudici votarono tre volte (a).

Se però l'indicazione dell'uso poggiasi su qualche particolare considerazione anche nell'interesse del legatario, potrebbe l'erede, per rispetto all'intenzione del defunto, esigere che l'impiego fosse fatto conformemente alla di lui volontà; *puta*, se sia stata legata una somma ad un minore per essere impiegata in acquisto di poderi, egli è evidente che il testatore ha voluto che l'effetto della sua liberalità fosse conservato al legatario, e che ha principalmente avuto in mira gli ostacoli che la legge frappone all'alienazione degl'immobili de' minori mentre che i danari contanti o gli oggetti mobili possono essere facilmente dissipati o distratti. Sarà in conseguenza il legato riguardato sempre come puro e semplice, ma l'erede o l'esecutore testamentario potranno sempre, come abbiam detto, esigere l'impiego, e sorvegliarlo.

Quid, se l'impiego fosse impossibile, *puta* se nel caso precedente avesse il testatore indicato il podere da comprarsi, e che quello non fosse posto in vendita nel momento della morte? Ricard, *delle Disposizioni condizionali*, decide con ragione doversi la volontà del testatore eseguire per equipollenza. (Arg. tratto dalla l. 16. D. *de usu et usufr. legato.*)

(152) Potrebbe il donante nell'atto di donazione rinunziare alla facoltà di domandare la rivocazione per causa d'ingratitudine? Nò. *Servanda non sunt pacta quae ad delinquendum invitant.* (L. 5 §. 1 ff. *de Pactis dotalibus*).

Le donazioni reciproche sono rivocabili per causa d'ingratitudine? Sì, e senza reciprocanza, cioè che la donazione fatta all'ingrato è rivocata, e quella fatta da lui sussiste. (arg. tratto dagli art. 299 e 300 † 228 e 229), e ciò anche nel caso in cui ambe le donazioni si fossero stipulate con un solo atto.

La remissione del debito può essere rivocata per causa d'ingratitudine? Sì certo, poichè è una vera donazione. (L. 3. §. 10 ff. *de donat. inter vir. et uxor.*)

Quid, se il donatario è una femmina maritata? La donazione può

(a) *Se si fosse detto che la donazione si faceva colla condizione dell'impiego per un dato acquisto, come per comprare un ufizio, e che tale ufizio non sia comprato, dice Domat,* Leggi civ. *lib. 1, tit. 10, sez. 1, num. 19, che la donazione non avrà effetto. Ciò dimostra quanto la natura e la esecuzione dipenda dai termini adoperati per esprimerle: i pensieri che nella sostanza sono gli stessi, si modificano per la diversità della locuzione in modo da produrre risultamenti talvolta contrarii alla volontà delle parti, e nocivi ai loro interessi.*

Questi fatti sono: 1. Se il donatario (153) ha attentato alla vita del donante (154);

2. S' egli si è reso colpevole verso di lui di sevizie, delitti od ingiurie gravi (155);

---

essere rivocata quand' anche il marito non fosse intervenuto per nulla nel fatto che dà luogo alla rivocazione. In questo caso la rivocazione è la pena del delitto d' ingratitudine, che può esser commesso da una donna, come da chiunque altro. L' istesso debbe intendersi del minore, s' egli è *doli capax.* (arg. preso dall' art. 1310 † 1264, e Ricard, *delle Donazioni*, part. 3. n. 680.)

(153) Si osservi ch' è d' uopo che l' ingratitudine tragga la sua origine dall' istesso donatario: la rivocazione non avrebbe luogo per fatti commessi da' suoi eredi.

(154) Basta che il donatario abbia attentato (*a*), non si richiede ch' egli fosse stato condannato per tale attentato, come prescrive l'art. 727 † 648 perchè l' erede sia dichiarato indegno. Si è probabilmente riguardato il donatario come più colpevole dell'erede. Costui trae il suo dritto dalla legge; quello lo ha tutto dalla volontà e dalla *liberalità* del donante.

(155) Io penso che sarebbe lo stesso se le sevizie fossero state commesse contro la moglie o i figli del donante (arg. tratto dal §. 2. Inst. *de injuriis*, e dall' art. 1113 † 1067 del Codice.)

È da osservarsi che non è necessario, perchè vi sia ingiuria, che i fatti imputati siano inventati. La pubblicità data a' fatti anche veri, può, secondo le circostanze, essere riguardata come grave ingiuria (Ricard, ibid. n. 693, e arg. tratto dall' art. 368 del Cod. penale) (*b*).

(*a*) *Il Codice penale francese nell' art.* 88 *dichiara che vi è attentato* tosto che è commesso o è cominciato un atto per giugnere all' esecuzione di un misfatto, quantunque non sia stato consumato. *Noi abbiam adottato presso a poco la stessa definizione nell'art.* 124 *delle nostre* Leggi penali *spiegando che quest' atto dovess' essere* prossimo all' esecuzione.

(*b*) *Ita ut* injurias atroces in eum effundat, *dice Giustiniano nella legge* 10 Cod. de revocand. donat. *Ma quali sono le ingiurie gravi? donde argomentar la gravezza dell' ingiuria, se tanto nella legislazione penale francese che nella nostra non se ne danno i caratteri che possono determinarla? Noi abbiam esaminata questa quistione nelle Osservazioni sul matrimonio sez.* VI, §. 2 *al vol.* 2 *pag.* 236 *e seguenti. L' articolo del Codice penale che qui addita il nostro Autore non altro dice, se non che vien riputata falsa ogn' imputazione a sostener la quale non si sia prodotta la pruova legale; in modo che l' autor dell' imputazione non è ammesso a chiedere per propria difesa che ne sia fatta la pruova, nè può allegar come mezzo di scusa che i documenti o i fatti sono notorii, o che le imputazioni che danno luogo al procedimento sono copiate o estratte da fogli esteri o da altri scritti stampati. Osserviamo però che questa teorica non venne adottata nelle nostre* Leggi penali *ed è*

3. Se negò ad esso gli alimenti (156). 880

I fatti d'ingratitudine dovendo essere provati, è chiaro che la rivocazione per questa causa deve, al pari di quella per inadempimento delle condizioni, essere 956 domandata e pronunciata in giudizio. 881

La domanda non è ammessibile ogni qualvolta vi sia espressa o tacita remissione dell' ingiuria per parte del donante: la remissione presunta risulta dal silenzio del donante pel corso di un anno (157), da decorrere dal giorno in cui egli avrà potuto averne notizia.

La domanda di rivocazione non può essere proposta dopo la morte del donatario (158); bensì può proporsi dopo

---

(156) Dunque l' accettazione del donatario importa l' obbligazione di fornire gli alimenti al donante. Dunque il donante avrebbe presso di noi, come presso i Romani, una specie di beneficio di competenza, che consisterebbe in ciò che, se il donatario agisse contro di lui in virtù della donazione, non potrebbe essere condannato se mai fosse indigente, che coll' obbligo al donatario di assicurargli gli alimenti. Ma vi sarebbe ancora questa differenza tra il nostro dritto e quello de' Romani, che, presso quest' ultimi, oltre il necessario per sussistere, il donante poteva ancora ritenere di che pagare i suoi debiti (L. 19 §. 1. ff. *de re judicata*); ciò che non avrebbe luogo presso di noi. Ma la pensione alimentaria pagata dal donatario non sarebbe *sequestrabile*, eccetto che per causa di alimenti. (Cod. de proc. art. 581 † 671).

(157) Questa è un' azione d' ingiurie che dura un anno (l. 5. Cod. *de injuriis*). Intanto Pothier pensava che, quando trattavasi di un delitto che non poteva estinguersi che con un tratto di tempo più lungo, la rivocazione poteva essere pronunziata per tutto il tempo che l' azione pubblica non era prescritta. Questa opinione è moralissima: poichè sembra che sarebbe troppo scandaloso il vedere, per esempio, l' uomo condannato come assassino, conservare la proprietà de' beni pervenutigli dalla bontà di colui che ha assassinato. Intanto sarebbe difficile conciliare questa decisione con la disposizione chiarissima e formale dell' art. 957 † 882 (*a*).

(158) Ammeno che non fosse stata intentata mentre viveva. *Actiones*

stata pure abrogata in Francia coll'art. 26 *della legge del* 17 *maggio* 1819, *che noi abbiam tradotta e riportata nel Cod. pen. annotato del* Sirey.

(*a*) *Ma se per talune circostanze vi fosse stata impossibilità fisica che avesse impedito al donante di formar la domanda nell' intervallo dalla ingiuria alla morte, l' azione degli eredi potrebb' essere ammessa senza che ne risultasse violazione della legge: e Pothier cita per esempio il caso in cui il donatario abbia ucciso il donante.* (*Introd. al tit.* 15 *della Cost. di Orleans n.* 166).

quella del donante, e da' suoi eredi, quand' egli è mancato di vita entro l' anno dal commesso delitto (159); e tanto più essi possono continuare le procedure, quand' egli le aveva già incominciate mentre viveva.

957
882

In ogni caso, se la donazione è di effetti immobiliari (160), la domanda di rivocazione debb' essere inscritta per estratto all' uffizio delle ipoteche ove l' atto di donazione è stato trascritto, e in margine di questa trascrizione; e non è che dal giorno di questa inscrizione che il donatario diviene, riguardo ai terzi, incapace di disporre degli effetti donati. In conseguenza, la rivocazione che successivamente venisse pronunziata, non può pregiudicare alle alienazioni, ipoteche, ed altri dritti reali acquistati dai terzi sopra i detti effetti (161) anteriormente

---

tempore inclusae litis contestatione perpetuantur (l. 139 ff. *de Reg. juris*).

Io sono anche di avviso che vi sarebbe un caso in cui la rivocazione potrebbe essere domandata contro gli eredi del donatario, e ciò sarebbe allora quando si provasse di essere egli morto attentando, o poco tempo dopo di aver voluto attentare alla vita del donante.

(159) Se però gli eredi han saputo che il delitto era stato commesso dal donatario. Cosicchè se il donante è stato assassinato, senza che si sappia da chi, ma molti anni dopo la sua morte si venga a scoprire che il donatario è l' assassino, non è da mettersi in dubbio che gli eredi del donante abbiano un anno a contar da quest' epoca per domandare la rivocazione.

(160) I mobili non ammettono ipoteca. Cosicchè, in tutti i casi, il donante di oggetti mobili non ha che l' azione personale contro del donatario.

(161) Perchè in questo caso le alienazioni ed altri pesi reali imposti su' beni donati, si rivocano solo quando sono posteriori alla trascrizione della domanda, mentre che la rivocazione per non essersi eseguite le condizioni, o per la sopravvegnenza de' figli, annulla generalmente qualunque peso o alienazione che abbia potuto essere imposto o fatta dal donatario, o da suoi aventi causa? Ecco la ragione fondatissima che ne danno gli autori. Essi dicono, quando la rivocazione ha luogo *ex causa antiqua et inexistenti contractui*, per una causa antica, e di cui il germe esiste nel contratto istesso, tutti i pesi e le alienazioni sono risolute. Così, le condizioni di cui la inesecuzione trae seco la rivocazione della donazione, erano state imposte con l'atto istesso della donazione. La clausola della rivocazione per la sopravvenienza de' figli vi è sempre tacitamente compresa *vi ipsa legis*. In conseguenza, queste due cause di rivocazione risolvono tutti i pesi e le alienazioni. Ma l' ingratitudine del donatario è una novella causa di cui il germe non esiste nel contratto, e che non ha potuto nè anche

all' inscrizione, salvo in tutti i casi il regresso del donante contra il donatario, sia per la restituzione del valore dei beni alienati, avuto riguardo al tempo della domanda, sia per la garentia delle ipoteche, sia ancora pei

---

esservi preveduta. Perciò tutte le alienazioni fatte, o i pesi imposti pria che la domanda di rivocazione fosse conosciuta debbono sussistere. Vado ora a sviluppare un tal ragionamento di maniera a renderlo più chiaro per i tironi.

Allorchè io contratto di un podere con una persona, è d'uopo che mi faccia esibire I titoli in virtù de' quali ella lo possiede; se veggo che questo titolo è una donazione, e che questa impone al donatario alcuni pesi, debbo esiger da lui la pruova di avervi adempito. Se nol fò, vi è da parte mia negligenza, o almeno tacita acquiescenza a correre la sorte, qualunque si fosse, che può avvenire. In conseguenza, se avviene, io sarò obbligato di restituire i beni, salva l' azione in garentia, se vi è luogo, contro il donatario, ma senza potere per questa ragione opporre alcuna eccezione al donante.

L' istesso avviene in caso di rivocazione per la sopravvegnenza de' figli. Quantunque la clausola non sia espressa nel contratto, nondimeno, come non è presumibile che possa ignorarsi il dritto, anzi si reputa che la legge istessa inserisca nelle donazioni fatte da coloro che non hanno figli, la clausola di rivocazione, clausola alla quale non si permette punto di derogare, i terzi non sono ammessi a lagnarsi della risoluzione de' dritti che possono avere acquistati sopra i beni donati; poichè acquistandoli, han potuto e dovuto informarsi se il donante aveva de' figli al momento che fece la donazione; e se non ne aveva, e nondimeno eglino hanno fatto l' acquisto, si reputano essersi volontariamente assoggettati a correre la sorte di una rivocazione.

Ma, e nel contratto e nella legge non v' ha nulla che abbia potuto far presentire a' terzi che la donazione poteva essere rivocata un giorno per causa d' ingratitudine. Egli è vero che han dovuto sapere, che se il donatario era ingrato la donazione sarebbe stata rivocata, ma non han dovuto prevedere che sarebbe stato ingrato. L' ingratitudine è un delitto, almeno nell' ordine naturale; ed i delitti non si presumono. E ciò che dimostra evidentemente che la differenza ch'esiste tra le diverse cause di rivocazione, relativamente all' annullamento dell' alienazioni dipende unicamente dalla facoltà che i terzi han potuto avere di conoscere la causa che poteva dar luogo alla rivocazione, è che anche nel caso d' ingratitudine non si considera nè l' epoca della domanda, nè quella della sentenza, ma soltanto quella della trascrizione della domanda all' uffizio delle ipoteche, poichè a contar da questo momento i terzi hanno avuto un mezzo facile di conoscere se esistono dalla parte del donatario de' fatti d'ingratitudine, che possono dar luogo alla rivocazione (*a*).

(*a*) *La rivocazione per causa d' ingratitudine è stata introdotta dal legislatore per un principio di morale, ad oggetto di punire coloro che mostrandosi ingrati tendono ad indebolire le affezioni che meritano esser protette; ma per questo medesimo motivo ha dovuto arre-*

danni ed interessi risultanti dai dritti reali che avessero potuto essere accordati dal donatario (162).

958 / 883 Quando la rivocazione è ordinata, i frutti o gl' interessi sono dovuti dal giorno della domanda.

959 / 884 La rivocazione per cause d'ingratitudine non ha luogo riguardo alle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio (163).

---

(162) Sia ancora per ragion di perdite o guasti che gli oggetti possono aver sofferti per fatto del donatario. *Nec obstat*, che costui ha dovuto credersi proprietario, e che *nulli culpae subjectus est qui rem quasi suam neglexit*; poichè questa disposizione non è applicabile che a colui che possedendo a giusto titolo è evitto da un fatto assolutamente indipendente dalla sua volontà: ma qui non è l' istessa cosa. Era nell' assoluta volontà del donatario il ritenere la cosa donata. È per il fatto suo ch' egli è evitto. Dunque dev' essere assimigliato al possessore di mala fede.

In conseguenza dell' istesso principio, se il donatario ha fatto delle spese su l' oggetto donato, bisogna distinguere: se trattasi di spese necessarie, debbono essergli rimborsate *omnimodo*, tranne però le spese di manutenzione le quali sono a carico de' frutti che si ritraggono dal donatario: se le spese sono soltanto utili, si applichi l' art. 555 † 480; se poi trattasi di spese di lusso, potrà soltanto togliere ciò che può esser tolto senza deteriorare i fondi.

Le istesse decisioni debbono applicarsi nel caso della rivocazione per le condizioni non eseguite.

(163) Una donazione fatta in contemplazione di matrimonio è riputata fatta al vantaggio non solo dello sposo donatario, ma ancora de' figli nascituri dal matrimonio, i quali non debbono esser vittime dell' ingratitudine del loro autore.

Quest' articolo può egli applicarsi a tutte le donazioni fatte per contratto di matrimonio, tanto da' terzi agli sposi, quanto da' sposi fra loro? Io son di avviso che non debba applicarsi a quest' ultime. (arg. tratto dagli art. 299 e 300 † 228 e 229 ne' quali non si fa distinzione se vi esistono o no figli nati dal matrimonio). Vi ha d'altronde una ragion di differenza, ed è, che in quest' ultimo caso la rivocazione non arreca pregiudizio alcuno a' figli, i quali troveranno sempre i beni donati nella successione del donante.

Or questo modo di rivocazione può applicarsi alle donazioni rimuneratorie? Se il fatto che dà luogo alla ricompensa è tale, che può servir di fondamento ad una obbligazione perfetta, sia anche semplicemente naturale, come allora non v' ha più donazione, ma pagamento;

starsi innanzi agl' interessi de' terzi, con tanta maggior ragione, in quanto che l' azione per causa d' ingratitudine nasce unicamente dal fatto del donatario, e che è un costante principio in dritto che niuno può nuocere col suo fatto al dritto acquistato da altri sopra i beni suoi. Da ciò nasce che riguardo ai terzi il donante deve prendere le cose donate nello stato in cui si trovano.

§. IV.

Della sopravvegnenza di figli.

La rivocazione per sopravvegnenza di figli, è fondata sopra una presunzione della legge (164) la quale suppone sempre che il donante privo di figli non avrebbe fatta la donazione se avesse saputo di averne un giorno (165). In conseguenza tutte le donazioni (166) di qualsivoglia

---

non vi è luogo alla rivocazione. *Secus* nel caso contrario; la quistione rientra dunque interamente nella facoltà del giudice: in tutti i casi però vi sarebbe sempre donazione, ed in conseguenza rivocazione per quel che eccederebbe l' ammontare de' servizj resi e capaci di valutazione (*a*).

(164) Questa presunzione è una di quelle che non ammettono la pruova contraria. Imperciocchè quand' anche il donante avesse rinunziato anticipatamente a domandar la rivocazione per questa causa, la donazione sarebbe ancor rivocata.

(165) Ivi esiste precisamente il vero motivo della disposizione che ha stabilita la rivocazione per la sopravvenienza de' figli. Alcuni avean preteso che questa rivocazione era fondata sulla ragione, che il donante non conosceva ancora i trasporti della tenerezza paterna. Ma ciò che pruova che questa ragione è nulla, si è, che la donazione fatta da colui che ha avuto de' figli, ma che non ne ha più al momento della donazione, è egualmente rivocata per la sopravvenienza di un novello figliuolo (*b*).

(166) Sia de' presenti, sia de' beni futuri, sia de' beni presenti e futuri, fatte per atto pubblico o sotto firma privata, dirette o indirette; la legge non distingue. In conseguenza io son di avviso, che si dee applicare questa maniera di rivocazione a tutti gli atti co' quali una persona diminuisce, o manca di aumentare il suo patrimonio per farne profittare un terzo, sia disponendo di ciò che aveva di già acquistato, sia astenendosi da quel che poteva acquistare. Si possono qui riportare

(*a*) *Conviene in ciò il Grenier; il quale però aggiunge alla quistione risoluta dall' autore le seguenti altre.*

La rivocazione per ingratitudine ha luogo anche nella donazione reciproca?

La ingratitudine personale del marito può in verun modo nuocere alla moglie?

Si dà luogo a questa rivocazione nella donazione fatta nel contratto di matrimonio dall' uno de' conjugi in favore dell' altro? o nel caso d' una istituzione contrattuale.

Vegganși le risoluzioni loc. cit. ai num. 217, 219, *e* 220.

(*b*) Filios non habens, *diceva la celebre legge* si unquam, *Cod.* de revoc. donat. *da cui ha origine la nostra legislazione su questa materia.*

natura, reciproche (167), remuneratorie (168) ec., quando son fatte da una persona senza prole (169), si conside-

tutti gli esempj citati di sopra nella nota 232 dell'antecedente Titolo Tom. 4 p. 183, cioè a dire il rilascio del debito, la rinunzia ad una successione vantaggiosa, ec. ec. ed altri simili. *Quid*, riguardo alle somme pagate in virtù di una transazione? È questa una quistione di fatto. I giudici dovranno esaminare se il dritto era realmente incerto o nò. Nel primo caso non vi è luogo ad applicare l'art. 960 † 885: *secus* nel secondo.

(167) Le donazioni scambievoli tra vivi sono permesse ancorchè fatte con un solo e medesimo atto (tranne tra conjugi, per una ragione che sarà spiegata a suo luogo). L'art. 968 † 893 nel proibire soltanto le disposizioni vicendevoli testamentarie fatte in questa forma, permette implicitamente quelle che son fatte tra vivi. Ma in questo caso se una delle donazioni è rivocata per la sopravvegnenza dei figli, l'altra continuerà a sussistere? Io inclinerei volontieri per l'affermativa (*a*). La sopravvegnenza de'figli è una condizione risolutoria in tutte le donazioni. Ora, supponiamo due donazioni vicendevoli fatte con l'istesso atto, ed ambedue sotto una condizione espressa risolutoria, venendosi a realizzare la condizione di un solo, l'altro donante potrebbe egli pretendere che la sua donazione fosse egualmente risoluta? Certo che nò. Dunque, *a pari*. ec.

(168) Salva la distinzione stabilita qui sopra nella nota 163 p. 141. Se i servizj eran tali che potessero produrre un'obbligazione puramente naturale, non v'ha più donazione, ma pagamento; e per conseguenza non vi è luogo a rivocazione per la soprovvegnenza de'figli. Vedete l'*arresto* di Bruxelles citato nella precedente nota 134 p. 119. *Quid*, se la donazione eccedesse il prezzo de'servizj? Sarà rivocata fino alla concorrenza dell'eccedente, poichè fino a quel punto è un contratto di soddisfazione di debito; non vi ha che l'eccedente che sia donazione. *Quid*, se la donazione è di un corpo certo, che non sia naturalmente divisibile? Applicate l'art. 866 † 785.

(169) Al momento della donazione: poco importa che ne abbia avuto per l'addietro.

Quid, se al momento della donazione, il donante non aveva che un figlio, ma morto civilmente, la donazione sarebbe mai rivocata con la nascita di un nuovo figliuolo? Io son d'avviso che sì. Le parole *vita* e *morte* nel linguaggio legale si prendono per la vita e la morte tanto naturale che civile. D'altronde, il morto civilmente non potendo succedere a suo padre, si presume che questa considerazione abbia data causa al dono. Dunque, questo caso dev'essere assimigliato a quello in cui il donante non ha alcun figlio (*b*).

(*a*) *Grenier si dichiara anche per l'affermativa; ma Pothier è di contrario parere, che sembra preferibile, al dire di Toullier, l. c. n. 308. Le due donazioni formano evidentemente una condizione reciproca l'una dell'altra, mentre son fatte collo stesso atto: l'una non può dunque sussistere quando l'altra è rivocata.*

(*b*) *Propone anche Toullier questa quistione il di cui sciogli-*

rano sempre rinchiudere la condizione tacita, se non sopravverranno figli al donante, o sono rivocate *ipso jure*, se l'adempimento della condizione non ha luogo. 960 885

Questa regola è applicabile eziandio alle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio a meno che non siano state fatte dai conjugi l'uno all'altro (170), ov- ivi

(170) E questo per diverse ragioni: 1.° Non si può dire che il donante ha creduto che non avrebbe figli, poichè ordinariamente uno si marita per aver de' figli: 2.° Ha potuto preferire il suo conjuge a' suoi figli: 3.° Finalmente i figli troveranno i beni donati nella successione del donatario.

Quid, nella seguente specie? Un uomo maritandosi fa a sua moglie una donazione di beni presenti, senza patto di riversione. La moglie muore senza figli. I collaterali raccolgono la sua eredità che comprende i beni donati. Il conjuge vedovo si rimarita, ed ha de' figli dal secondo matrimonio. La donazione sarà o no rivocata? No, tenendosi alle parole dell'articolo: sì, secondo lo spirito dello stesso. Si vede in fatti da ciò che abbiam detto, che di tutti i motivi che han determinato il legislatore, non ve n'ha un solo che possa essere invocato da' collaterali. Senza dubbio, come dice il signor Grenier, il donante ha potuto aver l'intenzione di spogliarsi a favor della madre de' figli che avrebbe; ma non è giammai da presumersi che la sua intenzione fosse stata quella che i suoi beni passassero ad estranei, in pregiudizio de' figli ch'egli avesse in seguito. Che! Una donazione fatta da un estraneo, per contratto di matrimonio, a due sposi, pel di cui motivo due famiglie si sono unite ed una terza famiglia è venuta a formarsi, tale donazione potrà esser rivocata dopo lo scorrer di molti anni per la sopravvenienza di un figlio al donante; e per un rispetto giudaico per le parole della legge, si sosterrà a profitto de' collaterali una donazione che spoglia i figli stessi del donante! Nò, questa non ha potuto essere l'intenzione

mento dipende dall' interpretazione della parola viventi, impiegata dall' art. 960 † 885. *Si dee questa estendere alla vita civile tuttochè ordinariamente non s'intende che per la vita naturale? Noi non sapremo pensarlo, dice* Toullier, *l. c. n.* 300 ,, *Ciò sarebbe forzare il senso della legge con una interpretazione estensiva ed arbitraria, dandogli un significato insolito e che difficilmente si appoggerebbe ad alcun testo. Per quanto sembrar possa favorevole la rivocazione delle donazioni per sopravvegnenza de' figli, come essa si allontana dal dritto comune che esige una clausola rivocatoria espressa nell'atto, noi pensiamo che non si debba estendere da un caso all'altro* ,,.

Pare più solida l'opinione del nostro autore nella quale conviene il Pothier l. c. n.° 100, e 'l Grenier l. c. n. 184. Ma se fattasi allora una donazione, il figlio condannato alla morte civile (o all'ergastolo tra noi) venisse riabilitato per effetto di grazia sovrana, questa donazione sarebbe rivocabile per tale riabilitazione? Il nostro annotatore al Grenier si pronunzia per l'affermativa: noi non siamo del suo parere, e ne lasciamo la risoluzione ai tribunali.

1096 vero ai conjugi stessi dai loro ascendenti (171). 1050

Codesta rivocazione non essendo fondata, come testè dicevamo, che sopra l'intenzione presunta del donante, ne deriva che se la presunzione non può aver luogo, la donazione non è rivocata; il che avviene quando il donante aveva già figli o discendenti nati al momento della do-
970 nazione, imperocchè è certo allora ch' egli ha voluto pre-
885 ferire il donatario alla sua propria discendenza.

---

del legislatore. So benissimo che un arresto della cassazione del 29 messidoro anno 11, (Sirey, an. 12, 1. par. p. 21) ha rigettato il ricorso contro un arresto della corte di appello di Poitiers che aveva giudicato contro la rivocazione; ma siccome un arresto di rigetto è sempre fondato sulla ragione che la decisione denunziata non ha per nulla contravvenuto ad alcuna legge, ed a rigore poteva ciò dirsi di quella della corte di Poitiers, poichè aveva giudicato conformemente alle parole della legge; così non risulta da ciò alcun pregiudizio, e la quistione sembrami ancora intera (a).

(171) L'articolo cominciando per istabilire che la rivocazione ha luogo sol quando il donante non ha figli al momento della donazione, pareva inutile di eccettuare dalla rivocazione la liberalità degli ascendenti verso i conjugi; poichè è indubitato che in questo caso il donante aveva de' figli al momento della donazione: ma si è preveduto il caso in cui l'ascendente non avesse altri figli che il donatario. Si avrebbe potuto credere che allora la sopravvegnenza di un novello figliuolo dovesse annullare la donazione, e l'articolo ha voluto stabilire la negativa.

(a) *Anche in questo caso* Toullier *è di contrario parere, e si fonda sull'arresto di cassazione del 29 messidoro anno 12 e sull'art. 960 † 885 del Codice, il quale eccettuando dalla rivocazione per sopravvenienza de' figli le donazioni che fansi i conjugi, non ha fatta alcuna distinzione tra i figli del primo o del secondo matrimonio. Questa decisione, dic'egli, ci sembra conforme ai principii tutto che il signor* Grenier *abbia della pena ad adottarla. Ma non bisogna distinguere dove la legge nol fa, specialmente nel caso della sopravvegnenza de' figli che si allontana dal dritto comune. Infatti il Grenier l. c. num. 199 è del sentimento del nostro autore, e produce tutti gli argomenti in contrario a questa decisione sostenuta dalle conclusioni del Merlin, e sebbene non intenda di opporvisi, pure mette in dubbio se tale arresto costituisca decisamente una giurisprudenza, dappoichè non è appoggiato che sul motivo di non avere la corte di Poitiers violata alcuna legge. Ed è noto, dic'egli, che può talvolta una decisione esser contraria allo spirito di una legge, e ciò non ostante non esser cassata perchè non contraria alla lettera della legge: del resto, ciò farà sì che coloro i quali vogliono fare simili disposizioni, conoscendone meglio le conseguenze, vi adopreranno maggiore accortezza.*

Noi diciamo *nati al momento della donazione*, perchè quand' anche il figlio fosse concepito in quest' epoca, la donazione non sarebbe meno rivocata pel fatto della sua nascita (172). 961 *886*

(172) *Infans conceptus pro nato quidem habetur, sed quoties de commodis ejus agitur.* Ora qui vi è interesse che la finzione non abbia luogo affinchè la donazione possa essere rivocata. Di maniera che la donazione fatta da una femmina incinta, e la di cui gravidanza fosse anche presso che al suo termine, sarebbe rivocata dietro lo sgravo, se il fanciullo nascesse *vitale: Il figlio del donante o della donatrice*, dice l' articolo 961 † 886.

Sarebbe lo stesso relativamente ad un nipote, nella specie seguente. Pietro non avendo avuto che un figlio, il quale è morto lasciando incinta sua moglie, fa una donazione. La vedova viene a sgravarsi, la donazione è rivocata; e ciò in tutti i casi, sia che il donante abbia o nò saputa la gravidanza. La legge non fa alcuna distinzione.

Pothier applica questo principio anche al caso del ritorno del figlio unico del donante, che era assente, e di cui non aveansi nuove al tempo della donazione (*a*). Questo suo divisare è favorito in primo luogo dallo spirito della legge, ed in secondo dal principio fissato al Titolo *degli assenti*, cioè, che colui che non ricomparisce è presunto morto dal giorno della sua disparizione. Si può dunque dire che questa presunzione è precisamente quella che ha determinato il padre a fare la donazione. D'altronde il ritorno dell' assente può essere paragonato in qualche modo ad una nuova nascita. Questo è pure l'avviso di Ricard, part. 3 n. 596.

Sarebbe lo stesso se al momento della donazione, il donante non aveva che un figliuolo morto civilmente, e che venisse poi ad essere riabilitato ne' suoi dritti civili (*b*).

Il fanciullo nato da un matrimonio putativo, viene a rivocare la donazione? Se i due conjugi erano di buona fede la donazione sarebbe rivocata, chiunque fosse colui che ha donato. Se non ve n' era che un solo di buona fede, non cade dubbio che le donazioni da costui fatte non siano rivocate. Riguardo a quelle che fossero state fatte dal conjuge di mala fede, ciò può presentare più difficoltà: il matrimonio non avendo in questo caso gli effetti civili riguardo al donante, non può dar causa ad un' azione che suppone la legittimità del matrimonio. D' altronde, *Nemo ex delicto suo debet emolumentum consequi.* D' altra parte, i figli potendo reclamare gli effetti civili, sembra non doversi così facilmente privare del beneficio della rivocazione. Azzarderò a questo proposito una opinione che sembrerà forse singolare, ma che parmi la sola

(*a*) *E con Pothier, Tiraquelli, Papon, Fernand, Ricard e Furgole citati dal Grenier che segue la stessa opinione l. c. num.* 183.

(*b*) *Nell' uno e nell' altro caso* Toullier *opina diversamente, l. c. n.* 299, *poggiato sul testo dell' art.* 960 † 885 *che generalmente e senz' alcuna distinzione esige che il donante non abbia* figli o discendenti viventi nel tempo *della donazione. Il donante poteva, e doveva, dic' egli, prevedere il ritorno dell' assente, o la riabilitazione del condannato.*

La donazione viene egualmente rivocata per la legittimazione di un figlio naturale purchè però la nascita *ivi* sia anch'essa posteriore alla donazione (*a*).

La rivocazione per sopravvegnenza di figli ha luogo di pieno dritto, vale a dire per la forza ed opera medesima della legge (173), senza aver bisogno di essere domandata nè pronunciata in giudizio, indipendentemente dalla volontà del donante, e ad onta ancora della contraria sua volontà. Quindi segue:

1. Che non occorre alcun atto per parte sua onde operare la rivocazione. Questa può effettuarsi anche dopo *ivi* la di lui morte per la nascita di un postumo (174);

---

che possa conciliare il dritto de' figli co' principii legali, e questa si è, di dichiarare la donazione rivocata di pieno dritto, ma nell'interesse de' figli soltanto, cioè, di aggiudicar loro in proprietà, anche vivente il padre, i beni provvenienti dalla donazione. Sembrami che questa decisione non rechi pregiudizio ad alcuno. Quanto al donatario, è indubitato che la donazione è rivocata; i figli sono riputati legittimi. Eglino sono nati dopo la donazione. Il caso previsto dall'art. 960 † 885 è dunque avvenuto. Ora, subito che la rivocazione ha luogo, poco importa che i beni appartengono a' figli, o al padre. Quanto al donante, di che può egli lagnarsi? È egli medesimo che si è spogliato con la donazione. La sua mala fede impedisce certamente di poter reclamare ne' suoi interessi il beneficio dell' art. 960: riguardo a lui la donazione è irrevocabile. Ora, se da una parte la donazione è rivocata, e dall'altra il padre non può reclamare i beni donati, sembra giusto e conforme alla intenzione dal legislatore di trasmetterli direttamente a' figli.

Qual sarebbe l'effetto dell'adozione? Essa non rivocherebbe certamente le donazioni anteriori: quanto alle posteriori, veggasi al vol. 2 p. 319 la nota 15 al Tit. IX.

(173) Pel fatto solo della nascita del fanciullo, ma purchè nasca vitale; altrimenti si reputa come se non avesse mai esistito, e la donazione non sarà punto rivocata. Quanto alla quistione di sapere chi debba pruovare la vitalità, o non vitalità, vedete la nota 95 vol. IV. pag. 110.

(174) Purchè però nasca vitale. Ma in questo caso a qual titolo il postumo prenderà egli i beni provvenienti dalla donazione? Li prenderà

(*a*) Quid *per la sopravvegnenza de' figli naturali legittimati per grazia del Principe ai termini dell' art.* 251 *delle nostre* Leggi civili ? *Il sig. Cafaro nelle sue annotazioni al Greuier ha discussa con molto accorgimento questa quistione nel vol.* 1 , *parte* 2 *pag.* 369 *e seguenti, riportando quanto sull' opinione affermativa e sulla negativa potrebbe escogitarsi ; ed in materia tanto delicata ed importante si limita, come facevamo noi, a desiderare che questo dubbio possa esser dileguato dall' autorità sovrana nell' esame che sta facendo delle nostre leggi.*

2. Che qualsivoglia clausola colla quale si fosse derogato alle disposizioni della legge relativamente a questo modo di rivocazione, è nulla e di niun effetto; 965 890

3. Che la donazione rivocata non può più rivivere nè per la morte del figlio del donante la cui nascita diede occasione alla rivocazione, nè per alcun atto di conferma per parte del donante: talmente che s'egli vuole donare gli stessi beni al donatario medesimo, sì prima che dopo la morte del figlio per la cui nascita è stata rivocata la donazione, non lo potrà fare che con una nuova disposizione, rivestila di tutte le formalità richieste e senza pregiudizio dei dritti acquistati dai terzi nell'intervallo (175). 964 889

4. Finalmente, che la donazione è parimenti rivocata, ancorchè il donatario non fosse entrato in possesso dei beni donati che dopo la nascita del figlio. La continuazione stessa di questo possesso nella persona, tanto del donatario quanto di qualunque altro detentore, non può impedire la rivocazione, a meno che siffatto possesso non abbia durato trent' anni (176) cominciando dal giorno 962 887

---

in suo nome, o come crede di suo padre? Non potrà prenderli che come crede di suo padre, ed in quanto abbia accettato la sua successione, poichè col mezzo della clausola risolutiva le cose sono rimesse nello stato medesimo come se non vi fosse stata donazione. (art. 1183 † 1136.) Quindi i beni sono riputati come non mai sortiti dalle mani del donante, e conseguentemente far parte della sua eredità.

(175) Se dunque esistesse al momento della nascita del fanciullo, su'beni del donante, una ipoteca della natura di quelle che colpiscono i beni presenti e futuri del debitore, gl' immobili compresi nella donazione si troverebbero in quest' istesso momento vincolati da questa ipoteca, quand' anche non rientrassero nella possessione del donante; e se egli li dona nuovamente alla stessa persona, la proprietà non gliene sarà trasferita che gravata dalla detta ipoteca.

(176) Cosicchè il terzo detentore, anche con titolo e buona fede, non potrà prescrivere che con trent' anni. *Nec obstat* l' art. 2265 † 2171: in questo articolo si tratta di colui che ha acquistato *a non domino*, e che ha bisogno della prescrizione per acquistar la proprietà. Qui il donatario è proprietario dal momento della donazione; non ha dunque bisogno della prescrizione per divenirlo: ed altrettanto dee dirsi di colui al quale egli ha trasmesso l' immobile con un atto translativo di proprietà. Ma nell' istesso tempo il fatto della sopravvenienza de' figli rende il donatario soggetto ad un' azione rivocatoria. Ha dunque bisogno non della prescrizione per acquistare, ma della prescrizione per liberarsi, la quale non ha luogo che dopo trent'anni. Aggiungete, che ogni donazione fatta da colui che non ha figli, come si reputa fatta sotto la condizione che non gliene sopravverranno,

della nascita dell' ultimo figlio del donante (177), ben-
966 chè postumo, e ciò ancora senza pregiudizio delle cause
891 che a'termini del dritto interrompono la prescrizione (178)

La rivocazione, in caso di sopravvegnenza di figli, avendo luogo per effetto di una condizione risolutiva sempre sottintesa, ne risulta che ogni alienazione fatta dal donatario è egualmente sciolta, e che i beni donati rien-

---

questa condizione si attacca ai beni donati in qualunque mano che passino, poichè il donatario non ha potuto trasmetterli che con gl' istessi pesi di cui eran gravati. Ogni detentore è dunque soggetto all'azione rivocatoria risultante dall' evento della condizione, azione che, come si è detto di sopra, non si estingue che con trent' anni. Pertanto si vegga la nota seguente.

(177) Perchè nò del primo, poichè dal giorno della nascita di questo primo figlio, si è aperta l' azione di revindicazione, mentre *contra valentem agere currere debet praescriptio?* Si è pensato, dicono Furgole, e Pothier, che il dritto era in verità aperto dalla nascita del primo figlio, ma che la nascita di ciascun de' figli sopravvenuti in seguito, aggiungendo un nuovo dritto a quello di già acquistato dal donante, non poteva quindi prescriversi che dal giorno della nascita di ciascun figlio. Questa ragione è evidentemente cattiva. Il dritto del donante è unico: esso è acquistato, ed interamente acquistato col fatto della nascita di un primo figlio, talmente ch' egli lo conserva ancora non ostante la morte di questo figlio, avvenuta pria che ne nascessero degli altri. In generale io penso che si è avuto torto di affannarsi a dare delle ragioni legali delle disposizioni di quest'articolo, ch' è copiato dall' art. 45 dell'Ordinanza. Basta dire che il legislatore ha voluto singolarmente favorire questa maniera di rivocazione, e che questa ragione gli abbia fatto adottare diposizioni impossibili a conciliarsi co' principii generali del dritto. In effetti ciò che dicemmo nella nota precedente intorno alla prescrizione trentenaria è egli ben concludente? È indubitato che la donazione è rivocata di pieno dritto per la sopravvenienza del primo figlio del donante: e tal rivocazione trae per conseguenza e *de plano* il ritorno della proprietà degli oggetti donati sul di costui capo. Cessò dunque da quell' istante la proprietà del donatario. Quegli che ha da lui acquistato dopo quest'epoca, ha comprato *a non domino*. La prescrizione adunque di dieci e venti anni dovrebbe bastare in quanto a lui, ed intanto si esige in tutti i casi la trentenaria. Ma ciò dipende, come ho detto, dall' essere tal materia riguardata con occhio assai favorevole; si è d' altronde preveduto il caso in cui il donante trascurasse di far rivocare la donazione; e si è voluto accordare all' azione un termine talmente lungo, che avesse potuto bene spesso prolungarsi fino alla sua morte.

(178) Per conoscere come s' interrompe la prescrizione veggansi gli art. 2242 † 2148, e seg. Penso avvenir parimenti ciò senza pregiudizio dei casi in cui la prescrizione è sospesa; *puta* se il donante muoja lasciando dei figli minori, la prescrizione non corre durante la loro minore età. (Art. 2252 † 2158).

trano nel patrimonio del donante, liberi da qualunque peso ed ipoteca impostavi dal donatario, o da' suoi aventi causa, anche da quella della dote della moglie o per altri dritti dipendenti da convenzioni matrimoniali: e ciò ancorchè la donazione sia stata fatta a contemplazione del matrimonio del donatario, e si fosse inserita nel contratto, ed ancorchè il donante si fosse obbligato come mallevadore all' esecuzione del contratto medesimo (179). 963 888

Quanto ai frutti, di qualunque siasi natura, il donatario non dee che quelli scaduti, o percepiti (180) dopo il giorno in cui gli è stata notificata con istanza o altro atto in debita forma la nascita o la legittimazione del figlio del donante. Ma egli li dee pure dal detto giorno, quand' anche la domanda per rientrare nel possesso de' beni donati fosse stata posteriore a questa notificazione (181). 962 887

---

(179) Si è voluto impedire che si fosse preso un mezzo indiretto onde eludere la legge.

(180) L'articolo dice solamente *percepiti*; donde avea malamente la corte di Mompellieri conchiuso non avere il donatario dritto ai frutti scaduti prima della notificazione della nascita, se non in quanto li avesse percepiti. Fu questa decisione annullata nel dì 8 gennajo 1816 (*Bullet.* n. 1). Nel caso di questa decisione il donante era rimasto in possesso degli oggetti donati. Gli sopravvenne quindi un figliuolo; e si decise ragionevolmente in cassazione che il donatario poteva reclamare la restituzione dei frutti scaduti sino alla nascita.

(181) La notificazione lo costituisce in mala fede, e fa per conseguenza correre i frutti in beneficio del proprietario. Da ciò conchiudo che la notificazione fatta al donatario non basterebbe per obbligare il terzo possessore alla restituzione dei frutti, poichè essa non farebbe che costui cessasse di essere possessore di buona fede.

Quid, se costasse che il donatario conosceva la nascita del figlio prima della notificazione? Penso che avendolo la legge assoggettato alla restituzione dei frutti dal momento della notifica, sarebbe difficile obbligarvelo prima (*a*). Qui la disposizione è di rigore, e non è il caso di estenderla ad una circostanza diversa da quelle previste dalla legge. D' altronde può presumersi che i frutti che dopo la nascita percepisce il donatario gli appartengono in virtù di una volontà speciale del donante, che ha potuto in quell' epoca disporne, senza che tal disposizione fosse soggetta ad esser rivocata (*b*).

(*a*) *Per la ragione che il donante avendo una via di dritto per dimostrare che il donatario od i suoi eredi lo sappiano, debbe imputare a se stesso il non essersene servito.*

(*b*) *Vi è una distinzione da farsi riguardo alle restituzione dei frutti tra il donatario o i suoi eredi ed i terzi possessori degli og-*

CAPITOLO III.

DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE.

895 / 815 Il testamento è un atto rivocabile, e solenne col quale una persona dispone, per lo tempo in cui avrà cessato di esistere, di tutti o di parte de' suoi beni.

Noi diciamo *un atto rivocabile*, perciocchè la rivocabilità è dell'essenza del testamento. Qualunque disposizione con la quale il testatore s' interdicesse la facoltà di rivocare il suo testamento, sarebbe nulla e di niun effetto (182).

(182) L. 22 ff. *de legatis* 3. Quindi le clausole derogatorie sono abolite. S' intendeva per *clausola derogatoria* quella con cui un testatore dichiarava che qualunque posterior testamento non sarebbe valido se non contenesse tal segno o tal frase. Ecco il motivo che fece immaginar queste clausole.

Un vecchio faceva il suo testamento: temea nol tormentassero i suoi eredi per farglielo rivocare, o almeno per fargli fare un altro testamento; immaginava un mezzo onde far sembiante di cedere alle loro sollecitudini e di mantenere intanto il suo testamento: questo mezzo riducevasi ad una clausola derogatoria così concepita: *Dichiaro anticipatamente nullo ogni posterior testamento o qualunque rivocazione del presente che non conterrà la frase*, SIT NOMEN DOMINI BENEDICTUM. Ciò fatto, se la famiglia il tormentava, egli facea un testamento o una rivocazione, in una parola ciò che gli si chiedeva. Non potevano i suoi parenti esigere l' inserzione della frase che ignoravano; e tutto era nullo.

Era questo un leggiero vantaggio, ma compensato da gravissimi inconvenienti; se non altro da quello della dimenticanza che potea avvenire al testatore della frase indicata, lo che avrebbe importato la nullità de' suoi posteriori testamenti quantunque fossero l' espressione della sua libera volontà. Erano state in conseguenza le clausole derogatorie abolite dall' art. 76 dell' Ordinanza del 1735; e siccome il Codice non le ha ristabilite, ed esse sono d' altronde contrarie ai principj del dritto, per i quali nessuno può interdirsi la facoltà di testare, nè sommettere l' esercizio di questa facoltà all' adempimento di certe condizioni, bisogna riguardarne l' abolizione come ancora esistente.

Ed è secondo questo principio che giudicossi in cassazione nel 22

getti donati. Quelli li debbono dalla notificazione fatta dell'atto solo di nascita del figlio, perchè tal sola notizia li costituisce in mala fede; i terzi possessori al contrario non debbono restituire i frutti che dal dì della domanda avanzata contro di essi e notificata insieme colla copia dell' atto di nascita del figlio e dell' atto di donazione. V. Pothier l. c. num. 108, e Grenier l. c. num. 208.

E solenne (*a*): perchè le diverse formalità richieste per la validità de' testamenti si esigono non solo *ad probationem*, ma benanche *ad solemnitatem* (183).

Una persona: il testamento non può essere che l'espressione della volontà di una sola persona: ogni testamento fatto nel medesimo atto da due o più persone, tanto a vantaggio di un terzo, quanto a vantaggio reciproco, è nullo (184). 968 93

---

dicembre 1818, (Sirey, 1819, par. 1, p. 56), che la rinuncia fatta dagli sposi, anche per contratto di matrimonio, al dritto di vantaggiarsi, era inefficace, vale a dire rivocabile *ad nutum*.

(183) Veggasi sopra la nota 89, p. 89. Si potrebbe essere ammesso a provare contro gli eredi legittimi che un testamento si è perduto per le conseguenze di un caso fortuito, o di una forza maggiore? *Stricto jure* io penso che la pruova potrebbe essere ammessa (art. 1336 † 1290 e 1348 † 1302 num. 4): ma sarebbe estremamente difficile; poichè non basterebbe il dimostrare l'esistenza di un testamento, l'essere perito per caso fortuito, il contener quelle tali o tali disposizioni; ma bisognerebbe dimostrare altresì che fossero state in quello osservate tutte le formalità dalla legge richieste. La presunzione dell'adempimento delle solennità stabilite dalla legge 30 ff. *de verb. obligat.* non ha luogo in materia di testamenti. Fu così deciso in cassazione nel 10 febbrajo 1807. (Sirey, 1807, 1. par. p. 97). Bisognerebbe intanto eccettuarne 1. il caso in cui fosse dimostrato la soppressione essere stata operata da persone interessate ad ottenere che il defunto fosse morto *ab intestato*; costoro non sarebbero ammessi ad esigere la pruova dei solenni, poichè debbono a loro stessi imputare l'aver soppresso il testamento. E 2. il caso in cui si domandasse la pruova contro un terzo alla di cui imprudenza o perversità potesse essere imputata la perdita del testamento. Potrebbe tutto al più il terzo essere ammesso a provare che il testamento era nullo, e che in conseguenza la perdita dello stesso non ha potuto recare alcun pregiudizio ai legatarii; ma nè anche quest'eccezione sarebbe ammissibile, se non quando forse potesse presumersi, essere stata la perdita puro effetto d'imprudenza.

(184) Interamente: cioè a dire non solo riguardo alle disposizioni che potessero esser fatte da uno dei testatori a favore dell'altro, ma ancora riguardo a tutto il contenuto nell'atto. La legge dichiara nullo il testamento, e per conseguenza tutto ciò che vi si contiene.

Queste sorta di testamenti erano state conservate tra i conjugi soltanto, sino all'Ordinanza del 1735, che li aveva interamente aboliti (art. 77); e con ragione.

In primo luogo si sottometteva in un certo modo il testamento dell'uno all'influenza dell'altro.

In secondo, come in questo caso i due testamenti sembravano es-

(*a*) *La legge* 1 *ff.* qui test. fac. poss. *dice lo stesso, quando definisce il testamento* voluntatis nostrae justa sententia. *Vale a dire, come interpetrano Gotofredo e Perezio*, solemniter facta secundum regulas juris in suo genere.

Dispone : codesta disposizione può essere fatta, tanto col titolo d' istituzione di erede, quanto col titolo di legato, o con qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la volontà del testatore (*a*).

967
892

Di tutti o di parte de' suoi beni: perciocchè il testatore può, se lo giudica conveniente, ancorchè non avesse eredi legittimarj, disporre d'una parte de' suoi beni soltanto; nel qual caso il rimanente appartiene a'suoi eredi legittimi.

Per lo tempo in cui avrà cessato di esistere: imperocchè il testamento non ha effetto che al momento della morte del testatore, il quale può sino a quel punto, come lo abbiamo detto, modificarlo, o rivocarlo a sua voglia.

Stabiliti questi principj, noi avremo a trattare: 1. delle regole relative alla forma de' testamenti;

2. Delle differenti disposizioni che possono aver luogo nel testamento, e de'loro effetti;

3. Della rivocazione di queste disposizioni;

4. Finalmente noi faremo conoscere le precauzioni prese dalla legge per provare l'esistenza ed assicurare la conservazione dei testamenti.

---

sere la conseguenza l'uno dell'altro, si pretendeva che la rivocazione dell'uno doveva portare la rivocazione dell'altro; ciò che generava delle controversie estremamente difficili a decidersi.

In terzo finalmente, si dubitava se dopo la morte di uno de'testatori, l'altro poteva rivocare. Se si decideva per l'affermativa, si violava in certo modo la buona fede, e la reciprocanza: se si sosteneva la negativa, si sarebbe violata la natura del testamento, che è essenzialmente rivocabile.

Tali sono i motivi che avevano determinato l'abolizione di queste sorta di testamenti anco tra i conjugi, abolizione che è dal Codice mantenuta.

Queste ragioni, o almeno le due ultime, che sono le più forti, non possono applicarsi alle donazioni tra vivi, le quali sono irrevocabili. In tal modo abbiamo noi veduto qui sopra (nota 90, p. 91), che le donazioni *reciproche* per lo stesso atto non sono mica vietate.

(*a*) *V. il discorso istorico premesso dal* Grenier *al* Trattato delle donazioni e testamenti, *e le nostre* Osservazioni *a questo Titolo.* —*La mancanza della parola stessa di testamento non vizierebbe la disposizione quando si fossero osservate le forme richieste dalla legge, nè fosse dubbio il carattere di donazione testamentaria che la distingue da una donazione tra vivi. Cass. franc. 6 termid. an. XIII, nel Denevers, vol. 13 p. 73 del supplim.*

Sezione i.

Delle regole relative alla forma dei testamenti, e del testamento olografo.

Vi sono tre sorta di testamenti: olografo, per atto pubblico, e mistico. Ciò che hanno di comune tra loro si è, 1. che debbono essere estesi tutti e tre per iscritto; e 2. che non possono essere fatti per mezzo di segni (185). 969 *894*

Il testamento olografo dee, sotto pena di nullità, essere scritto intieramente (186), datato (187) e sotto-

(185) In conseguenza il muto che non sa scrivere non può far testamento.

(186) In conseguenza una sola parola di mano aliena annullerebbe tutto il testamento, quante volte siffatta parola ne facesse parte, per es. se fosse nel corpo del testamento, nell' *interlinea*, o in una *nota*, o *chiamata*, ed approvata dal testatore. Altrimenti sarebbe nell' arbitrio di chicchesia l' annullare qualunque testamento olografo (*a*).

(187) Cioè a dire contenere l' indicazione del giorno, mese, ed anno in cui è stato fatto. L' indicazione del luogo è inutile, poichè il testamento olografo è sempre valido in qualunque luogo siasi fatto (art. 999 † 925): così giudicato ad Agen il 18 giugno 1812; ed in cassazione il 6 gennajo 1814 (Sirey, 1814, 1. par. p. 217). Egli è più convenevole, che la data sia fatta per esteso, sebbene però quella in cifre non porterebbe nullità.

Nota. È stato giudicato a Parigi, il 13 agosto 1811, (Sirey, 1813, 2. par. p. 332) essere indifferente in questa sorta di testamento, che la data sia posta prima o dopo la firma. L' opposto è stato giudicato a Liegi li 22 febbrajo 1812 (*ibid.* p. 336). Io credo preferibile la decisione di Parigi. D' altronde eravi una circostanza particolare nell' affare giudicato dalla corte di Liegi; ed era, che poteva a rigore pretendersi non esservi nel testamento alcuna sottoscrizione (*b*).

(*a*) *Ed è per questo che si chiama olografo.* Olographum testamentum est manu auctoris totum conscriptum atque subscriptum, unde et nomen accepit, Graeci enim olen totam, et graphen litteram dicunt. *Isidoro di Siviglia*, Origin. *lib.* 4 *cap.* 24.

(*b*) *Se una persona dopo aver fatto un testamento olografo al quale avesse posto la data e la firma, facesse nuove disposizioni in piede di quest' atto, senza porvi la data, tali disposizioni sarebbero nulle, come decise la Cass. franc. nel 12 marzo 1806, sull'appoggio che essendo la data del testamento una formalità estrinseca di quest' atto, di cui la legge prescrive la osservanza sotto pena di nullità, non si potrebbe supplire tale omissione, colle considerazioni*

970 scritto di propria mano dal testatore; ma esso non è sog-
895 getto ad alcun' altra formalità (188); ed è valido in qua-

Nell' antico dritto più volte si sono dichiarati validi dei testamenti olografi, nella data de' quali eravi un errore evidente, quando non potesse d' altronde esservi equivoco sulla vera data. E presso a poco sugli stessi principj la corte di *Caen*, con sua decisione de' 2 agosto 1817, (Sirey, 1817, 2. par. p. 401), dichiarò valido un testamento datato de' 15 giugno mille cento sedici, perchè risultava da diverse disposizioni del detto testamento, esservi stato errore per parte della testatrice, la quale aveva avuto l' intenzione di scrivere mille ottocento sedici, ed il ricorso contro questa decisione venne rigettato il 19 febbrajo 1818 (*Ivi*, 1818, par. 1. p. 176) (*a*). Giudicato nello stesso modo dalla Corte di cassazione il 12 giugno 1821 (*Ivi*, 1821, p. 339).

La data posta dal testatore dà ella all' atto una data certa? Se p. e. trattasi di un maggiore morto pochi giorni dopo la sua maggiore età, e che la data del suo testamento sia posteriore alla suddetta età maggiore, basterà ciò a provare che il testamento non sia stato fatto nella minor età? Io opino che la data dee far fede, tanto più che essa basta per determinare qual sia il primo di due testamenti. Colui dunque che pretende esser falsa la data dee provarlo. Ma come l' atto non è autentico, non sarà obbligato di iscriversi in falso.

(188) Che dirsi in riguardo alle *interlinee*? Sono valide, se fatte dalla mano del testatore. Che dirsi delle cassature? Se sono approvate, non havvi difficoltà; esse annullano la disposizione cancellata; l' annullano egualmente, quantunque non fossevi approvazione, qualora il testamento siasi trovato suggellato col sigillo del testatore, e presso di lui. Nel caso contrario si comprende che si potrebbe supporre esservi fatte le cassature da altri e non dal testatore. Apparterrà dunque al giudice il deciderne, secondo le circostanze.

Potrebbe farsi un testamento olografo in forma di lettera missiva? La negativa era decisa dall' art. 3 dell'Ordinanza del 1735. Questa disposizione non è ripetuta nel Codice: è questa una presunzione, che il legislatore non ha voluto conservare; ed effettivamente questa proibizione non esisteva nel dritto romano, quantunque Boutaric, sul detto art. 3, abbia preteso il contrario. Questo autore cita in appoggio della sua opinione la l. 17 ff. *de jure codicill.* Ma egli è chiaro, e Pothier lo fa osservare con ragione, che in detta legge non trattasi che del

prese dalla intenzione più o meno apparente del testatore, come avea fatta la corte di Metz. Racc. di giurisp. del Cod. civ. vol. 6, *pag.* 469.

(*a*) *Con questa decisione la corte di cassazione stabilì tre cose necessarie acciò gli errori della data non viziino l' atto*; 1. *Che l'errore sia evidente*: 2. *Che la data vera e precisa possa essere* manifestamente e necessariamente *ristabilita o fissata da* documenti certi: 3. *Che questi documenti si trovino nell'* atto stesso, *di cui facciano* parte integrale, *giusta l' espressione della suddetta Corte suprema.*

Ma che dirassi d' un errore di data, quando siasi datato il testamento in un' epoca posteriore alla morte del testatore? V. Merlin *nel suo Repertorio v.* Testament *sez.* 2 §. 1, *art.* 6 *n.* 6., *e* Toullier, *l. c. n.* 363.

lunque luogo e situazione il testatore si trovi, anche in

caso in cui il defunto in una lettera missiva abbia attestato la sua amicizia a qualcuno, promettendogli di farlo suo erede. Ora la promessa di fare, non vale lo stesso che il fatto medesimo: *magis pollicebatur se relicturum, quam relinquebat.* Del resto, noi vediamo una infinità di leggi che stabiliscono una dottrina contraria a quella di Boutaric. Si vegga, fra l'altre, le leggi 75 ff. *de legatis* 2, 11 § 4, e 37, § 4, *de legatis* 3. E nel nostro dritto attuale, se una persona scrivesse ad un' altra: io *intendo che siavi data la tal cosa*, o *la tal somma sulla mia successione*, e questa lettera fosse per intero scritta, datata, e firmata dal disponente, io non veggo come non potrebbe riconoscersi in questa disposizione la forma del testamento olografo. L' art. 970 † 895 dice formalmente, che questa specie di testamento non è soggetta ad alcuna forma, meno che alla scrittura, alla data, ed alla firma, il tutto di mano del testatore. Poco importa dunque che il disponente indirizzi la parola al legatario, o parli di lui ad una terza persona: *Plane enim*, dice Papiniano, (nella precitata legge 75 *de legatis* 2.), *consistere fideicommissum, ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.*

Nota. Ricard, il quale scriveva prima dell' ordinanza, rapporta un arresto del parlamento di Parigi, che dichiarò valido un testamento fatto in forma di lettera missiva (*delle Donaz.* part. 1. n. 1491).

Esiste, per verità, su tal quistione una decision di Bruxelles del 19 agosto 1807, (Sirey, 1813, 2. par. p. 334), la di cui decisione potrebbe sembrar contraria alla nostra opinione. Ma si vede bene dai motivi di questa decisione, che la corte giudicò la lettera missiva, di cui trattavasi, non contenere che un progetto di ultima volontà, e per niun modo la dichiarazione espressa e formale delle intenzioni del testatore. Questa decisione non ha dunque realmente pregiudicata la quistione.

Osservate, che il testamento olografo non è sempre che un atto di scrittura privata, e che per conseguenza, se le parti interessate pretendono per es. che non sia fatto dalla mano del testatore, elleno non hanno bisogno, come l' abbiam di già fatto osservare, d'iscriversi in falso (*a*). Esse possono dunque contentarsi di dire, che non conoscono, o che non riconoscono la scrittura del defunto; ed allora sarà dell'interesse di coloro che sostengono la validità del testamento, provarlo colla verificazione di scrittura. Così fu giudicato a Colmar il 12 luglio 1807 (Sirey, 1813, 2. par. p. 337). *Nec obstat* ciò che abbiamo ora detto in ordine alla certezza della data. Quando si pretende che

(*a*) *Ma se il testamento olografo trovasi depositato presso un notajo d'ordine del magistrato, la presunzione è in favore dell'atto, ed in caso che voglia impugnarsi non può esserlo altrimenti che per la via del falso o della nullità: e qualora l'erede istituito sia turbato nel possesso dell' eredità da un erede legittimo il quale non ha diritto a quota di riserva, questi ha il peso di provare la sua azione, e quindi che il testamento olografo non debba aver esecuzione.* (*Decis. della corte di Turino del* 10 *gennajo* 1809; *Giurisp. del Cod. civ. vol.* 14, *pag.* 112.

999 estero stato, e in paese ove questa sorta di testamenti
925 non fosse in uso (189).

---

l' atto presentato non sia fatto di mano del testatore, val lo stesso che pretendersi, che non vi sia testamento. È d' uopo dunque cominciare dal provare che ve ne esista uno. Ma fatta questa pruova, esso fa fede di ciò che vi è contenuto; o per lo meno dee risultarne una presunzione bastante per rigettare sull' altra parte la pruova contraria.

Ciò non ostante si decise a Caen il 4 aprile 1812 (Sirey, 1812, 2. par. p. 336) che il testamento olografo era allogato dal Codice nella classe degli atti autentici, e ciò perchè accorda il possesso all' erede istituito con tal testamento. Ma egli è evidente, che questo motivo non ha alcun fondamento. Il testamento olografo trasferisce sì poco il possesso, che l' erede istituito dee farsi immettere in possesso dal presidente del tribunale. La corte di *Caen* ha preteso che l' immissione in possesso pronunciata dal presidente costituiva attore l' erede legittimo, e che in questa qualità incombeva a lui provare la falsità del testamento. Ma primieramente l' ordinanza del presidente è resa su semplice domanda; non può dunque risultarne alcun pregiudizio contro de' terzi. D' altronde l' erede del sangue può dire, che è egualmente investito in virtù dell' art. 724 † 645; che questo possesso non può essergli contrastato se non quando vi esiste un testamento; che spetta al legatario che vuole impugnare tal dritto il giustificare il titolo, in virtù del quale egli pretende un dritto contrario; che egli è attore sotto questo rapporto, e come tale tenuto a provare. Si diceva in questa causa in favore del legatario, che obbligarlo a provare la verità della scrittura, era forzarlo all' impossibile. Ma sarebbe egli più facile all' erede di provare la falsità? e in *pari causa* non si dee preferire colui il di cui titolo è incontrastabile, poichè fondato sulla legge e sulla di lui qualità di parente più stretto? E d' altronde ove è mai l' impossibilità? Intendo che qualche volta può esser difficile di trovare dei documenti, che riuniscano le qualità richieste dall' art. 200 † 304 del Codice di procedura per servire di scritture di confronto. Ma si dice nell' art. 195 † 289 del detto Cod., che la verificazione delle scritture può esser fatta col mezzo dei testimonj, e nell'art. 211 † 305, che possono sentirsi come testimonj coloro che avranno veduto scrivere la carta in controversia, o che avessero conoscenza dei fatti che possono servire a discovrire la verità. Quest' articolo non offre esso la più grande latitudine ai giudici? E qual' è il bisogno d'introdurre un dritto nuovo, contrario a tutti i principii in materia d' atti privati?

Veggasi, riguardo alla facoltà de' tribunali in materia di verifica di scrittura d' un testamento, una decisione della corte di Caen, del 2 aprile 1817, e l' arresto della cassazione che rigettò il ricorso contro di essa, del 2 agosto 1820, entrambi riportati da Sirey, 1821, 1. par. p. 185.

(189) La regola *locus regit actum* non si applica agli atti sotto firma privata. D' altronde la legge che dà ai Francesi il dritto di disporre per atti sotto firma privata, è una legge di capacità, e per conseguenza una legge personale, che li segue dappertutto. Quindi in materia di disposizioni fa d' uopo ritenere, che per ciò che concerne

Quanto alle due altre sorta di testamenti, le circostanze possono esser tali, che fosse impossibile di osservare le ordinarie formalità. Tal sarebbe, per esempio, il caso di una spedizione militare, di un viaggio marittimo, ec.

Ma come, d'altra parte, tutto è di rigore in un testamento, e nulla di ciò ch'è relativo alla solennità ed all' autenticità dell' atto debb' essere lasciato in arbitrio di chicchessia, così le formalità richieste hanno dovuto essere modificate dal legislatore medesimo, secondo la situazione nella quale può trovarsi il testatore. Indi due specie di formalità per ogni testamento non olografo: quelle generali, pe' tempi e casi ordinarj; e quelle pei casi di eccezione. Esse hanno ciò di comune tra loro, che le une e le altre debbono essere osservate sotto pena di nullità (190). 1001 927

la capacità del testatore per se stessa, e la sua capacità di disporre con tale o tal' atto, convien consultare la legge personale; per la forma dell' atto, quando è ricevuto da un uffiziale pubblico, la legge del luogo ove l' atto è stato fatto; e per la estensione della disponibilità, quella della situazione de' beni, salvo ciò che si è detto al 1.° vol. nota 46 pag. 28). Si vegga un arresto della cassazione del 20 agosto 806 (Sirey, 1813, 1. par. p. 455). Quest' arresto sembra contrario, per verità, alla nostra opinione, ma in leggendolo attentamente vedrassi con facilità che non vi si è precisamente decisa la quistione.

(190) L' erede che ha riconosciuto il testamento, potrà egli domandarne la nullità? Opino esser d' uopo distinguere: se la nullità era manifesta, son d' avviso che il riconoscimento forma un' eccezione di inammessibilità contro di lui; come, se il numero de' testimonj non fosse completo, se uno de' testimonj non avesse firmato; ma che sarebbe altrimenti, se la nullità era occulta o nascosta, come, se uno de' testimonj non godesse de' dritti civili. L. 3 Cod. *de leg. cornel. de falsis*, l. 3 ff. eod.; l. 8 ff. *de Hered. petit.* L. 19 ff. *de inoff. testam.*; L. 76 §. ult. ff. *de legit* 2. (V. Ricard, *delle Donaz.* par. 3. n. 1558, e due arresti di cassazione, l' uno de' 9 novembre 1814 (Sirey, 1815 1. par. p. 1) e l' altro de' 13 marzo 1816 (*ib.* 1816 1. par. p. 425).

In quanto poi al falso, è massima che la falsità non si sana nè si covre giammai (art. 2055 † 1927), e se la transazione su documenti falsi non può essere eseguita che dietro l' omologazione (Proced. 249 † 344), maggiormente l' approvazione tacita non può impedirne la querela.

Quando può riputarsi aver l' erede riconosciuto il testamento? La maniera la più semplice, e la meno suscettibile di difficoltà è quando lo ha egli eseguito, per esempio, pagando i legati. Ma come questo

modo di riconoscimento non può applicarsi che a colui che è erede realmente ed *effectu*, e che può avvenire che l'erede legittimo sia spogliato da un legato universale, il riconoscimento non può risultare che da un atto volontario da parte sua, e tendente a far presumere aver egli approvate le disposizioni del defunto, *puta*, se il legatario gli abbia lasciato una cosa che fa parte della successione, e che egli ne abbia scientemente accettato il legato, (L. 31 §. 3 ff. *de inoff. testam.*); se egli ha comprati i dritti del legatario, se ha a lui pagato ciocchè doveva l'erede al defunto, se egli ha preso in affitto da lui un fondo che conosceva far parte della successione (L. 23 §. 1 ib.)

Abbiam detto *un atto volontario*, poichè se l'atto, sebbene portante riconoscimento formale, è stato fatto dall'erede *ex necessitate officii*; *puta*, se l'erede è tutore di uno de' legatarj, e che in questa qualità abbia egli ricevuto il legato fatto al suo pupillo, egli non sarà meno ammissibile ad impugnare il testamento (§. 4, *Instit. de inoff. testam*).

Ma conviene riflettere che in generale l'erede non può esser dichiarato non ammissibile, se non quando sia provato o almeno sia probabile ch'egli abbia veduto il testamento, e che sia stato messo in istato di discuterlo, *L.* 6, *ff. de transact.* Così giudicossi dalla corte di Monpellieri nell'8 marzo 1813, e dalla cassazione nel 12 novembre 1816. (Sirey, 1817, par. 1, p. 352).

L'azione di nullità di un testamento è dessa prescrittibile? Sì, collo scorrere di trent'anni a contar dalla morte del testatore. Se pertanto gli eredi han continuato a vivere in comune sull'eredità, la prescrizione non corre, a meno che questa vita comune non sia essa stessa un atto d'esecuzione del testamento. Così giudicato dalla Corte di cassazione nel 3 aprile 1821, (Sirey, 1821, par. 1. p. 439).

Una quistione, che è stata assai controvertita, era quella di sapere se i testamenti per atto pubblico sono solamente soggettati alle formalità stabilite per queste sorta di atti dal Codice civile, o se sono sommessi in oltre alle formalità richieste per gli atti notariali dalla legge sull'organizzazione del notariato del 25 ventoso anno XI. Senza rapportare qui le diverse decisioni pronunziate su quest'oggetto, mi contenterò di fare osservare in principio, che il testamento per atto pubblico è sulle prime un atto autentico, conseguentemente come tale debb'esser sottoposto alle formalità generali richieste per queste sorta di atti; e che in seguito, come testamento, deve essere soggettato alle formalità particolari richieste pe' testamenti. Se non si ammettesse la prima parte di questa proposizione, e si pretendesse che al solo Codice civile facesse d'uopo riportarsi per determinare le formalità del testamento, ne risulterebbe che quelli per atto pubblico non avrebbero bisogno d'essere datati, nè firmati dal notajo; che costui non sarebbe obbligato d'esprimervi il luogo della sua residenza; che due notai parenti nel grado determinato dalla legge del 25 ventoso potrebbero concorrere alla confezione del medesimo testamento ec.; tutte proposizioni di cui è impossibile il sostener l'affermativa (*a*). Ciò posto ci resta a sa-

(*a*) *Queste considerazioni trovansi sviluppate unitamente ai principii su la materia nella requisitoria del sig. Merlin colla quale*

pere, se il testamento per atto pubblico debba contenere l'indicazione del giorno, nel quale sia stato rogato. L'art. 12 della legge del 25 ventoso ne contiene la disposizione formale. (Si veggano le considerazioni dell'arresto di cassazione de' 17 luglio 1816, *bullet.* n. 50). Ma basta che esso contenga l'indicazione del comune: non è necessario che indichi la casa. Così fu giudicato a *Caen* il 12 novembre 1814: e il ricorso contro tal sentenza fu rigettato il 28 febbraro 1816. (Sirey, 1816, 2. par. p. 361). Ed in effetti l'indicazione del luogo sembra richiesta negli atti notariali, affinchè si possa giudicare se il notajo abbia instrumentato fuori del territorio assegnatogli. Ora l'indicazione del comune basta per questa formalità (*a*).

Frattanto, questo principio sembra dover soffrire eccezione nel caso in cui il Codice civile, e la legge del 25 ventoso contengano ciascuno una disposizione formale sullo stesso punto, di cui l'uno sembra all'altra derogare. Son d'avviso, che allora il Codice, come posteriore di data, debba prevalere. Così, per. es., l'art. 9 della legge richiede che i testimoni sieno cittadini francesi, e domiciliati nel circondario in cui l'atto è stipulato. L'art. 980 † 906 del Codice si contenta che essi sieno regnicoli, e godano de' dritti civili. È evidente, che questa disposizione contiene una derogazione all'art. 9, poichè se bisognasse che fossero cittadini francesi perchè aggiungere che dovevano essere regnicoli, e nell'esercizio de' dritti civili? Non è ciò forse racchiuso espressamente nelle qualità di cittadino francese? È dunque evidente, che il Codice ha inteso derogare alla suddetta legge, e che conseguentemente ad esso solo convien riportarsi, onde determinare le qualità de'testimoni (Giudicato in questo senso a Douai il 27 aprile 1812, Sirey, 1812, 2. par. p. 387) (*b*).

Fui consultato sulla quistione di sapere, se la menzione della dichiarazione fatta dal testatore, che non sa o non può firmare, può essere posta valevolmente nel corpo dell'atto, come l'art. 973 † 899

produsse ricorso di ufficio contro una decisione della corte di Riom, e che leggesi nella nuova ediz. del Repertorio pag. 675 vol. 13 alle addizioni. Vedete pure le nostre Osservazioni a questo Titolo.

(*a*) Toullier *è dello stesso avviso, l. c. n. 381. Ora per evitare ulteriori controversie tra noi si è spiegato nelle nostre leggi l'obbligo di osservarsi le formalità prescritte nella legge del notariato, adottandosi il sentimento di questi autori, come lo vedremo nelle Osservazioni.*

(*b*) *Par che si raccolga l'opposto dalla decisione di quella corte di cassazione del 1 ottobre 1810 nella quale stabilì „ che il cit. art. 980 non deroga specialmente a queste formalità nel prescrivere che i testimoni sieno sudditi del Re; che queste due condizioni sono distinte, e la prima è tanto più indispensabile, in quanto che senza l'indicazione del domicilio de' testimoni sarebbe sovente impossibile di verificare se in essi concorrano le qualità richieste; che perciò giudicando che il testamento pubblico in quistione sia valido, quantunque manchi il domicilio dei testimoni, la corte reale di Bruxelles ha violati gli art. 12 e 68 della legge del 25 ventoso an. XI „* (*Denevers vol. del 1810 pag. 498*).

§. I.

Delle formalità ordinarie dei testamenti, tranne l' olografo.

Queste formalità variano, secondochè il testamento è per atto pubblico, o in forma mistica.

---

del Codice sembra permetterlo, o se debba esser posta necessariamente alla fine, come lo esige l'art. 14 della legge del 25 ventoso anno 11. La corte di Digione ha giudicato conformemente alla prima proposizione. Il suo arresto, ch' è dell' 8 gennaio 1811, è riferito da Sirey, an. 1811. 2. par. p. 439. La corte di Parigi sembra aver giudicato nello stesso senso li 25 novembre 1813, (*ib.* 1814, 2. par. p. 14). Ma il contrario risulterebbe dai principj stabiliti dalla corte di Douai nella sua decisione del 9 novembre 1809, rapportata *ibid.* 1814 2. par. p. 14, e dalla corte di Turino in quella de' 18 novembre 1811, *ib.* 1812, 2. par. p. 375. Quest'ultima dottrina mi sembra preferibile. *Nec obstat* ciò che ho detto nell' art. precedente, perchè è chiaro che l' art. 973 non ha avuto di mira di derogare all' art. 14 della legge del 25 ventoso, ma piuttosto d' aggiungere alle sue disposizioni l' obbligo di enunciare la causa che impedisce il testatore di firmare. Dall' altra parte egli è certo, che la dichiarazione di non sapere o non poter firmare rimpiazza la firma del dichiarante; essa dunque dee esser situata nello stesso luogo della sottoscrizione, vale a dire dopo tutte le disposizioni. D' altronde veggasi l' inconveniente che risulterebbe dal sistema della corte di Digione. Un testatore interpellato da un notaio, dichiara nel principio, o nel mezzo dell' atto (perchè, se stiamo alla lettera dell' art. 973, basta che la dichiarazione sia fatta in un luogo qualunque) che non può firmare a causa della sua debolezza. Frattanto che si termina il testamento, lo stato di debolezza cessa, e il testatore riacquista la facoltà di firmare: la dichiarazione era dunque prematura: essa perciò non può esser valevolmente fatta, che nel momento istesso in cui il testatore avrebbe dovuto firmare, cioè a dire dopo tutte le disposizioni: tale è l' opinione di Ricard, *delle Donaz.*, par. 1. n. 1531, e 1532. Questo autore cita un decreto del parlamento di Parigi, che ha annullato un testamento per questa sola ragione. Questo arresto, che sembra essere del 12 aprile 1649, è rapportato nel *Giornale delle udienze*, e da Roussraud de la Combe, alla voce *testamento*, sez. 3 dist. 3 n. 6.

Si vegga, per altro, un arresto di cassazione del 18 agosto 1817 (*Bullett.* n. 86). Ma nella specie di quest' arresto, la dichiarazione era stata posta dopo tutte le disposizioni ma avanti la data, e si pretendeva che doveva esser situata ancora dopo la data: l' arresto decise il contrario; ciò che è conforme a quanto si è detto di sopra, nota 187 pag. 154.

Del testamento per atto pubblico.

Il testamento per atto pubblico è quello che è ricevuto da due notari in presenza di due testimonj, o da un notaro in presenza di quattro testimonj (191). Le formalità di questo testamento sono: 971 *896*

Nota. Quantunque l'art. 14 della legge del 25 ventoso sembra richiedere simultaneamente la menzione della firma delle parti, dei testimoni, e dei notai, pure un parere del Consiglio di stato, approvato il 20 giugno 1810 (*Bullet.* n. 5605), ha deciso, che la menzione della firma del notaio non dovea esser richiesta a pena di nullità.

(191) È ciò quando anche il testatore fosse cieco; derogandosi all'art. 7 dell'Ordinanza del 1735, che n'esigeva uno di più in tal caso.

Si dee conservare la minuta del testamento? Nell'uso si fa, ed io credo che ciò sia prudente cosa; ma stento a credere che si possa pronunciare la nullità di un testamento, che fosse stato fatto in brevetto, e rimesso al testatore. L'art. 20 della legge sull'organizzazione del notariato, dopo aver imposto ai notai l'obbligazione di custodire la minuta di tutti gli atti che ricevono, aggiunge ,, Non sono punto ,, compresi nella presente disposizione li certificati di vita, le procure, ,, quietanze, ec., ed altri atti semplici, che secondo le leggi possono ,, esser fatti in brevetto ,,.

Ora, colla parola *atti semplici* s'intendono ordinariamente gli atti che non producono obbligazione, o che ne producon da una parte solamente: ora un testamento, durante la vita del testatore, è certamente un atto semplice sotto tutti i riguardi. D'altronde il Codice, che richiede che le donazioni tra vivi sieno passate in minuta a pena di nullità, non ha ripetuto le stesse disposizioni per i testamenti. Io penso dunque, come ho detto, che a rigore il testamento può esser fatto in brevetto e rimesso al testatore. Questo è anche il parere di Ferrière (*Parfait notaire*, *lib.* 1 cap. xxii). Pertanto si potrebbe opporre a questa decisione che l'art. 1007 † 933 il quale prescrive le formalità da osservarsi per la descrizione e pel deposito dei testamenti, non parla che dei testamenti olografo e mistico: dal che potrebbe conchiudersi, di aver esso supposto, che i testamenti per atto pubblico debbono restare presso i notai che li ricevono. Ma si può rispondere, che soprattutto in una materia così rigorosa, come quella dei testamenti, non si può creare una nullità sopra una semplice presunzione; che la legge *statuit de eo quod plerumque fit*; che accaderà quasi sempre che i testamenti per atto pubblico saranno passati in minuta; ma che non è questa una ragione per annullar quelli in brevetto, poichè la legge non si è su questo punto pronunziata formalmente come lo ha fatto per le donazioni tra vivi.

Se il testamento fosse passato in minuta, potrebbe il testatore ritirarselo? Anticamente dietro l'art. 6 dell'editto *del controlo*, di marzo 1693, l'affermativa non ammetteva dubbio. Oggi soffrirebbe dif-

1. Che il medesimo venga dettato dal testatore (192) ai due notai, od al notaio quando non ve ne sia che un solo;

2. Che esso sia scritto da uno dei due notari, o dal notaro (193) quando non ve ne sia che uno, ne' termini stessi ne' quali gli viene dettato (194);

---

facoltà per l'art. 22 della legge già citata, che vieta indistintamente ai notari di consegnare qualsivoglia minuta. Sarebbe desiderabile intanto che fosse rimessa in vigore l'antica disposizione: un testatore che rivoca un testamento può desiderare di sopprimerlo perfettamente (*a*).

Nota. Una decisione del ministro delle finanze, del 25 aprile 1809, autorizza i notai a consegnare ai testatori nel tempo della loro vita, le spedizioni de' loro testamenti, sebbene non siano registrati (Sirey, 1809, 2. par. p. 270).

Sono i notai obbligati ad inserire ne' repertorj, giusta le rispettive date, la menzione de' testamenti che ricevono? L'art. 29 della legge sul notariato non fa alcuna eccezione; e la corte di cassazione ha in questo senso giudicato col suo arresto del 19 dicembre 1808 (Sirey, 1809, 1. par. p. 231). Ma quest'obbligo non sarebbe incompatibile colla facoltà che si potrebbe accordare ai testatori di ritirar la minuta dei loro testamenti; poichè i notai sono obbligati a segnare su i di loro repertorj anche gli atti in brevetto, e di cui non resta loro minuta.

(192) Dunque l'individuo che è muto non può testare per atto pubblico. Ma se sa scrivere può fare un testamento olografo, e dargli anche la forma mistica (art. 979 † 905); se non sa scrivere non può testare in nessuna guisa.

(193) Esso medesimo, e non dal suo ajutante.

(194) *Quid*, se il testamento è fatto in terza persona, il *testatore ha detto che legava* ec., non ne risulterà la pruova che non è stato scritto tal quale era dettato? No; il testatore ha potuto dettare in tal guisa (*b*).

(*a*) *Il Grenier, l. c. num.* 277, *sostiene che i notai debbano ritenere presso di loro i testamenti tanto nuncupativi quanto mistici, salvo al testatore la facoltà di rivocare le sue disposizioni nel modo indicato nel Codice, o di fare un nuovo testamento; e l'appoggia coll'art.* 20 *della legge del* 25 *ventoso che nella eccezione della conservazione delle minute non vi comprende i testamenti, e coll'art.* 1035 † 990 *Cod. civ., e con altri argomenti che possono ivi leggersi.*

Ciò però è diverso tra noi: l'art. 33 *della legge del* 23 *novembre* 1819 *sul notariato sanziona in termini precisi la facoltà del testatore di ritirare il testamento mistico sia che il voglia o no rivocare, prescrivendo solo di rilasciarsi dal testatore al notajo ricevuta con atto autentico; pel quale motivo l'art.* 30 *della stessa legge dispone che i testamenti mistici prima di aprirsi non si allighino ai protocolli, ma si conservino in fascicoli distinti. Ma nol può pel testamento per atto pubblico che va in protocollo al momento che si stipula.*

(*b*) *La corte di Bruxelles con decisione del* 3 *frutt. an. XII*

3. Che ne sia fatta lettura al testatore (195) in presenza dei testimonj (196);

(195) Dee da ciò conchiudersi che l'individuo interamente sordo non possa testare per atto pubblico. *Secus* se egli avesse solamente ciò che si chiama orecchio duro. §. 3 Instit. *quibus non est permissum fac. testam.*

(196) La Corte di cassazione ha ragionevolmente deciso 1.° che le parole *fatto e passato in presenza di* ec., situate alla fine del testamento, non contengono sufficiente menzione della presenza dei testimoni alla lettura (Decisione del 23 maggio 1810, Sirey, 1810, 1. par. p. 232); 2.° Che le parole *letto al testatore ed ai testimoni*, non contengono nemmeno la menzione sufficiente che la lettura era stata fatta in presenza dei testimoni. (Decisione del 6 maggio 1812, *ibid.* 1812, p. 333) V. la nota seguente.

Ed in vero leggendo attentamente l'art. 972 † 897 combinato col 971 † 896, si dee necessariamente conchiudere che la menzione generale messa alla fine dell'atto, *fatto* e *pubblicato in presenza di* ec., non sarebbe sufficiente. In fatti, è certo da un lato che l'art. 971 esige che il testamento sia ricevuto in presenza di due o quattro testimonj; onde, quando non vi esistesse alcuna particolare disposizione all'uopo, sarebbe vero il dire che tutte le formalità prescritte dall'art. 971, senza le quali il testamento non può esistere, e nel cui numero è la lettura al testatore, debbono aver luogo in presenza de' testimoni. Ma da un'altra banda lo stesso art. 972, senza nulla aggiungere alle disposizioni di quello che lo precede per ciò che riguarda la dettatura e la scrittura, richiede particolarmente che la lettura sia fatta in presenza de' testimoni, e che ne sia fatta menzione. Ora, quand' anche tale speciale disposizione dell' art. 972 non esistesse, non sarebbe meno necessario che il notaio per conformarsi all' art. 971 aggiungesse il *fatto e pubblicato in presenza di* ec. Dunque, o bisogna dire che nulla abbia il legislatore inteso di aggiungere all' art. 971 prescrivendo in quello che siegue la presenza dei testimoni alla lettura del testamento, e che per conseguenza le parole *in presenza de' testimoni* siano assolutamente inutili; o bisogna confessare che la menzione generale *fatto e pubblicato* ec. sia insufficiente. Veggasi, ciò non ostante, l'arresto della corte di cassazione del 20 novembre 1817. (Sirey, 1819, par. 1. p. 31).

Quid, se dopo la menzione della lettura vi si sia aggiunta una

rigettò un mezzo di nullità fondato sul principio che nel testamento si era fatto parlare il testatore in terza persona; e simili decisioni sono state pronunziate dalla corte di Nimes nel 29 aprile 1806; da quella di Angers nel 13 agosto 1807; dalla Corte di Riom nel 17 novembre 1808, e finalmente dalla corte di cassazione coll' arresto del 18 gennajo 1809; e ciò perchè la redazione *appartiene veramente al notajo, come decise la corte di Caen, e la Cassazione franc. rigettandone il ricorso coll' arresto del 26 luglio 1808 riportato dal Denevers in tal anno pag. 371. V. inoltre Grenier l. cit num. 236 e 237.*

972
897 4. Che si faccia espressa menzione dell'osservanza delle tre precedenti formalità (197);

---

disposizione e che non siasi detto di essersene fatta lettura? La corte di cassazione giudicò, nel 19 aprile 1809, che il testamento era interamente nullo (Sirey, 1809, 1. par. p. 244). Rigorosa disposizione, ma conforme senza dubbio ai principj. Un testamento, soprattutto per atto pubblico, *est quid totum et individuum*. La legge richiede la lettura non d'una parte del testamento ma del testamento intero; se dunque non fu quello letto interamente non si adempì al voto della legge, e vi è nullità. Bisogna però che l'addizione contenga una disposizione; se contenesse solamente una spiega che il giudice avesse potuto supplire, (come dice la l. 21 §. 1. D. *qui test. fac. poss.*) *vel ex consuetudine*, *vel ex vicinis scripturis*, il tutto è valido, *ead. lege*.

Quid a riguardo delle chiamate? Allorchè sono esse rivestite delle forme prescritte dall'art. 15 della legge sul notariato, sono valide, anche quando fossero collocate alla fine dell'atto, e per conseguenza dopo la menzion della lettura: poichè si suppongono situate nel luogo in cui il rinvio è fatto *e* per conseguenza prima della menzione. Così giudicato in cassazione a 3 agosto 1808 (Sirey, 1808, 1. par. p. 557).

(197) Questa menzione può sembrar necessaria per i fatti che diconsi *fuggevoli*, cioè di cui non rimane traccia; come l'esser dettato dal testatore, l'essere stato scritto tal quale fu dettato, l'essersi fatta lettura del testamento in presenza dei testimoni: nulla potrebbe attestare l'adempimento di queste formalità se l'atto non ne facesse menzione. Ma può far meraviglia l'esser richiesta parimenti questa menzione sull'essere stato scritto dal notajo, essendo la scrittura un fatto che porta seco la sua dimostrazione, e sulla cui esistenza o inesistenza pare che non sievi luogo a difficoltà (*a*). Non sembra in effetti straordinario che si possa annullare un testamento che per confessione di tutte le parti *è* scritto dal notajo, per la sola ragione che non vi *è* detto essere stato il notajo colui che l'abbia scritto? Bisogna però qui rammentare ciò che dicemmo al principio di questo Titolo. Non è dei testamenti lo stesso che degli atti ordinarj: hanno questi ciò che si appella la presunzione di solennità; cioè che dalla sola di loro esistenza debba presumersi, sino alla pruova contraria, che tutte le formalità richieste dalla legge vi sieno state adempite. L. 30 D. *de verbor obligat.* Quindi,

(*a*) *La legge del 25 ventoso anno XI venne interpetrata su di ciò coll'avviso del Consiglio di stato del 16 giugno 1810 approvato nel dì 20 del medesimo. Da questo avviso risulta che la pena di nullità pronunziata dall'art. 68 della legge suddetta, debba essere applicata quando manchi la menzione della firma, sia della parte sia de' testimoni, non già alla mancanza della menzione della firma dei notai che han ricevuto l'atto. Ci fa senso come il nostro Autore non siasi dato carico di questa interpetrazione, tutto che riportata dal Grenier loc. cit. num. 243. — Questa regola non è sanzionata nelle nostre leggi, ma crediamo doversi applicare per argomento dell'art. 927 n.* 1 Leggi civili, *quando costi legittimamente della sottoscrizione del notajo.*

5. Che esso sia sottoscritto dal testatore; o, se questi dichiara di non sapere o di non potere sottoscrivere, che sia fatta nell' atto espressa menzione della sua di- 973 899

sebbene una sentenza, per esempio, non enuncii che sia stata pronunziata in pubblico, pure v'ha la presunzione che siasi osservata questa formalità. Non è lo stesso dei testamenti: non basta in essi che siasi adempiuto alla formalità, è d' uopo altresì che l'atto enunzii che essa sia stata adempita; e in quanto a quella di essere il testamento scritto dal notajo, possono esservi de' casi in cui la menzione ne diverrebbe necessaria. Suppongasi per esempio che la minuta di un testamento si perda dopo che ne sono state rilasciate delle copie autentiche, e che si venga di poi a contrastarne la validità, sotto pretesto che non fu scritto dal notajo; come potrà dimostrarsi questo fatto? La minuta non esiste: le copie nulla dicono a questo riguardo, poichè non debbono esse altra cosa riferire fuori ciò che trovasi nella minuta, e nella nostra ipotesi la menzione di essere stato scritto dal notajo non vi si trova. Ecco dunque un testamento nel quale è impossibile di sapere se una delle formalità richieste dalla legge a pena di nullità sia stata adempiuta (*a*).

Del resto, dee la menzione essere espressa, cioè non lasciare alcun dubbio sul fatto che la formalità è stata adempita tal quale è dal Codice prescritta. In una parola debb' essere espressa in tal modo che se il fatto dalla legge ordinato non esistesse, il notajo potesse esser condannato alla pena del falso (*b*).

(*a*) *Questa menzione può esser fatta con parole qualunque, non avendo la legge prescritta una formola precisa, e quindi può essere supplita da* equipollenti; *purchè esprimano però in modo chiaro e non soggetto ad equivoci la lettura data in presenza de' testimoni. Veggasi* Grenier, delle Donaz. e testam. *In questo senso ha deciso ancora la Corte suprema di Napoli nel 2 gennajo 1821 nella causa tra de Titta e di Tullio. La G. Corte civile degli Abruzzi avea dichiarato nullo un testamento sol perchè le parole* in presenza de' testimoni *non seguivano immediatamente le altre*, letto al testatore: *la formola usata conteneva intanto ambo queste espressioni. La decisione venne cassata. ,, Atteso, che sebbene l' art.* 972 *del Cod. civ. esiga a ,, pena di nullità che il testamento per atto pubblico venga letto al ,, testatore in presenza de' testimoni, pure il legislatore non ha pre- ,, scritta formalità speciale per siffatta menzione, basta che risulti ,, comunque, che tal lettura abbia avuto luogo — Attesochè dalle pa- ,, role del testamento di Coneezia Sciorilli emerge letteralmente e- ,, spressa la menzione della lettura richiesta, e se nella locuzione ,, s' incontra qualche inversione di sintassi, ciò non induce che non ,, siesi adempiuto chiaramente al voto della legge, ec. ec.*

Vi fu un tempo in cui anche in Francia la sorte de' testamenti si facea dipendere da un punto o da una virgola, dice Toullier. *Ma l' eccesso dello sragionamento ricondusse gli animi ai veri principii, ed al rigetto di massime le di cui conseguenze conducevano all' arbitrio* (*loc. cit. n.* 428).

(*b*) *È in questo luogo che* Toullier *nomina con molta stima il*

chiarazione (198), non che della causa che gl' impedi-

Quindi questa menzione, *letto al testatore ed ai testimoni*, non è valida, come l' abbiamo detto nella nota precedente; poichè è possibile che la lettura sia stata fatta all' uno ed agli altri separatamente, ed in questo caso non potrebbe dirsi avere il notajo commesso una falsità.

Del pari parrebbe insufficiente la menzione, *il testatore ha dichiarato che il di lui testamento è stato scritto tal quale lo ha dettato*. Questa dichiarazione non deve esser fatta dal testatore ma dal notajo: altrimenti, se si giungesse a provare che il testamento non è stato scritto tal quale è stato dettato, il notajo potrebbe sfuggire la pena del falso pretendendo che egli non abbia detto il *testamento è stato scritto* ma bensì *il testatore ha dichiarato che il testamento era scritto* ec.; in guisa che per applicargli la pena non basterebbe provare che il testamento *non è stato scritto tale* ec., ma bisognerebbe mostrargli altresì che *il testatore non l' ha dichiarato*. Esiste, egli è vero, una decisione contraria della Corte di Turino, del 29 dicembre 1810 (Sirey, 1812, 2. par. p. 101), ed anche un arresto della Corte di cassazione del 2 agosto 1821 (*Ivi*, 1822, 1. par. p. 16). Ma non però io mi rimuovo dalla mia opinione, la quale sola mi sembra dare una convenevole sanzione all' art. 972.

Questi principii e questi esempii basteranno a mio credere a determinare ciò che debba intendersi per *menzione espressa*.

(198) Non è necessario che si faccia menzione di essere stato il testatore interpellato a sottoscrivere.

Quid, se vi si dice che il testatore ha dichiarato di non sapere scrivere? Ciò non basta; poichè v' ha delle persone che sanno firmare sebbene non sappiano scrivere. (Così giudicato, e con ragione, dalla Corte di Douai il 9 novembre 1809; Sirey, 1812, 2. par. p. 407.) La Corte di cassazione lo ha parimenti deciso, sebbene in altra materia (Arresto del 14 agosto 1807, Sirey, 1808, 1. par. p. 47). Vi sono intanto delle decisioni contrarie; di Liegi, del 24 novembre 1806 (*Giurip. del Cod. civile*, tom. 8 pag. 60), e di Bruxelles, del 15 marzo 1810 (Sirey, 1810, 2. par. p. 258). Forse si potrebbe distinguere: se il notajo non avesse interpellato il testatore a dichiarare se sapesse sottoscrivere, e che questi avesse replicato di non sapere scrivere, allora dovendo la risposta riferirsi necessariamente alla domanda, deve intendersi come se avesse detto che non sa sottoscrivere; ma se fosse stato semplicemente interpellato a dichiarare se sa scrivere, la sua risposta negativa non sarebbe sufficiente (*a*).

savio professore M. Delvincourt; rapporta la regola che questi stabilisce, e l' adotta. Egli si estende molto nell' indicare i diversi cambiamenti della giurisprudenza degli arresti sulla proposta quistione, ed il ritorno che si fece ai veri principii colla decisione di Parigi confermata dalla Cassazione nel 21 ottobre 1812, riferita da Sirey, an. 1812, 2. parte pag. 35. (V. al luogo citato num. 428, e nella nota l' inesatta rubrica del Sirey che potrebbe indurre in errore i lettori superficiali).

(*a*) *Egli è certo, dice Toullier, l. c. n. 438, che le sorti di*

sce di sottoscrivere (199).

6. Finalmente, che esso sia sottoscritto dai testimonj; tuttavia nelle campagne (200) basta che sia sot- 974 900

Ciò non ostante, se dalle circostanze risultasse, che per la voce *scrivere* il testatore ha inteso *firmare*, la dichiarazione potrebb' esser valida. È così che giudicossi con ragione dalla corte di Colmar nel 22 dicembre 1812, e dalla Cassazione nell' 11 luglio 1816, (Sirey, 1817, par. 1. p. 135), che se dopo la dichiarazione di non sapere scrivere, il testatore ha posto una marca in luogo della sottoscrizione, ne risulta la presunzione che per *scrivere* egli intese *firmare*.

Si osservi ancora che la dichiarazione deve emanare dal testatore. Se il notajo si fosse contentato di enunciare che il testatore non sa o non ha potuto sottoscrivere, vi sarebbe nullità.

(199) Onde si possa verificarlo. Quindi venne deciso a Bruxellea nel 25 luglio 1810 che la dichiarazione che pretendesi aver fatto il testatore di non saper firmare, mentre sapea farlo, potea far presumere che il testamento non fosse l'espressione della sua volontà. (*Giorn. della giurisp. del cod. civ.* tom. XVI. pag. 156). Deciso nel medesimo senso a Treveri, a 18 novembre 1812 (Sirey, 1813, 1. par. p. 366).

Ma se l'erede pretende che il testatore di cui si è dichiarato che non sapea sottoscrivere, lo sapea effettivamente, come potrà dimostrarlo? In ogni maniera, anche per testimonii. È questo un fatto di cui non è stato padrone di procurarsi una pruova scritta. Così giudicato colla stessa decisione.

Quid, se il notajo dopo aver fatta menzione della firma del testatore dichiara che non ha potuto farla a causa della di lui debolezza? Il testamento è valido. Così deciso in cassazione nel 18 giugno 1816 (Sirey, 1817, 1. par. p. 158). In fatti il notajo domanda al testatore se può sottoscrivere. Risposta affermativa. In conseguenza dichiarazione che il testatore ha sottoscritto: questi prende intanto la penna, e la sua debolezza gl' impedisce di sottoscrivere, il notajo il dichiara. Tutto ciò è semplicissimo e naturalissimo.

(200) Dee con questa parola intendersi ogni luogo fuori che le città ed i borghi cinti di mura (*a*). Così giudicato o Turino a 23 maggio 1810, *Giuris. del cod. civ. tom.* XVI. pag. 12). Ma giudicossi dalla

Douai, di Limoges, di Liegi, e di Bruxelles han giudicata la stessa quistione in due opposti modi. Quale sarà preferibile? Il buon senso e la ragione finalmente prevalsero: la corte di cassazione ha abbandonato il sistema di rigore che si cercava d' introdurre, e le decisioni di Douai e di Limoges non meritano più alcuna considerazione. V. inoltre nello stesso autore i numeri 428, 429, e 430.

(*a*) *V. Toullier l. c. num. 45 — Sarebbe stato desiderabile, dice Grenier l. c. num. 245, che il legislatore avesse regolato la necessità assoluta del numero de' testimoni sottoscriventi secondo quello della popolazione, nel modo che opinava la sezione del Tribunato cha propose chiamarsi campagna i comuni la di cui popolazione fosse stata al di sotto di mille anime.*

toscritto dalla metà dei testimonj chiamati (201).

Del testamento mistico.

Le formalità prescritte pel testamento mistico sono: 1. Ch'esso sia scritto e sottoscritto, o almeno sottoscrit-

---

Corte di cassazione nel 10 gingno 1817, che non era possibile dare delle regole precise riguardo a ciò, e che apparteneva ai tribunali il valutare, secondo le circostanze, se il luogo era o no *campagna*. (Sirey, 1819, par. 1, p. 12).

(201) Ciò non vuol dire che se tutti i testimonii sappiano sottoscrivere, basterà che firmi la metà di essi, poichè allora il testamento sarebbe nullo; ma significa che basta che la metà de' testimonii sappia sottoscrivere. Quindi avviso che nel caso in cui non firmino tutti, debbasi a pena di nullità far menzione della causa che loro vieta di sottoscrivere (Arg. tratto dall' art. 998 † 924).

L' art. 5 dell' Ordinanza esigeva che il testamento per atto pubblico in paese regolato dal dritto comune, fosse fatto senza interruzione e senza divergere ad altri atti (*a*). *Quid juris* attualmente? Il Codice che ha ripetuta questa disposizione nell'art. 976†902 per lo testamento mistico, non l' esige per quello per atto pubblico; d' onde può desumersi che sia quella abrogata per questa specie di testamento. E possono esservi molte ragioni di differenza; la prima si è che un testamento per atto pubblico può essere assai lungo e stancare singolarmente un infermo cui la legge impone il dettare; l' atto di soprascrizione è assai breve e non esige che una semplice dichiarazione del testatore. In secondo luogo, se s' interrompesse molte volte l' atto di soprascrizione di un testamento mistico, darebbe luogo a temersi che non s' avesse a profittare di questa circostanza per sostituirvene un altro. Non può lo stesso temersi in un testamento per atto pubblico.

Si osservi che l' art. 13 della legge del 25 ventoso anno 11 esige che gli atti notariali sieno scritti in un solo e medesimo contesto; ma ciò non si oppone alla decisione di sopra emessa. Un atto è scritto in un solo e medesimo contesto, quando è scritto di seguito senza mescervi altro atto che gli sia estraneo. Così, non potrebbe cominciarsi un atto di vendita tra due persone, far comparire in seguito un terzo cui si desse una procura, quindi proseguir la vendita tra le due parti di prima, e tutto ciò nell' atto istesso. Ma si comprende bene che un atto può essere scritto di un solo contesto sebbene siasi molte volte ricominciato per terminarlo.

(*a*) *La l.* hac consultissima *Cod.* de testam. *esigeva l' unità di azione ne' termini* uno eodemque die ac tempore, *e la* 1. 21 *ff.* qui test. fac poss. *diceva*, uno contextu actus testari oportet. *Ma Giustiniano nella* l. 28 *del Codice* de testam., *dichiarò non esser nullo il testamento allorchè fosse stato interrotto da atti indispensabili, e senza i quali la salute, sia del testatore sia de' testimoni, avesse potuto soffrire.*

to dal testatore (202). Tuttavia s' egli non sa sottoscrivere, o se non ha potuto farlo quando scrisse o fece scrivere le sue disposizioni, il testamento è valido, purchè sì chiami un testimone di più all' atto di soprascrizione, di cui or ora parleremo, e che nell' atto sia fatta menzione della causa per cui fu chiamato questo testimone (203); 976 902 977 903

2. Che la carta sulla quale il testamento è scritto, o quella che gli serve d' involto, venga chiusa e sigillata (204). Questa operazione può farsi in presenza del notaro e dei testimonj (205);

3. Che il testatore lo presenti (a) in tale stato ad un

---

(202) È egli necessario che abbia la data? No: la data gli si dà dall' atto di soprascrizione, e quest' atto deve esso stesso aver la data, poichè è un atto notariale. Se dunque una persona che muore lascia due testamenti mistici, dee preferirsi quello il di cui atto di soprascrizione è più recente, anche quando fosse di una data anteriore all' altro testamento

(203) Siccome l' art. 976 † 902 dice che vi bisognano sei testimoni *almeno*, anche quando il testatore sa e può sottoscrivere, può conchiudersi che anche in questo caso è possibile d' ammetterne più di sei. Onde possa adunque sapersi se il settimo testimonio è stato chiamato precisamente per supplire alla sottoscrizione del testatore, è d'uopo che si dica espressamente nell' atto.

(204) Ecco ciò che ha fatto dare a questo testamento il nome di *mistico*. Bisogna che la chiusura sia tale che non si possa aprire senza lacerarla; come si potrebbe altrimenti esser sicuro che non siesi aperto l' involto per ritirarne il foglio contenente il testamento e sostituirvene un altro? L' articolo aggiunge *e sigillato*, cioè, che deve avere un impronto, un sigillo qualunque. Si è deciso a Douai, ed in cassazione il 7 agosto 1810, che un testamento mistico, il cui inviluppo era sigillato con una semplice ostia era nullo, e con ragione. Niente è più agevole che aprire un tal piego senza alcuna apparente laceratura. (*Giornale della giurisp. del cod. civ.* tom. XV. pag. 269).

Del resto l' art. 1007 † 933 prescrive che si chiamino all' apertura de' testamenti mistici quelli de' notai e testimonii che trovansi sopra luogo. Ciò non può essere se non affinchè riconoscano essi l' impronta ec.

Tutte queste precauzioni sono tanto più necessarie riguardo al testamento mistico in quanto che dietro gli art. 976 e 977 † 902 e 903 si vede che non ha d' uopo d' essere scritto nè firmato dal testatore.

(205) Osservate che il secreto del testamento mistico è stabilito unicamente in favore del testatore e che non vi sarebbe per conseguenza nullità sol perchè egli avesse reso note le sue disposizioni al notajo ed ai testimoni.

(a) *La menzione della presentazione non è espressamente richiesta, ma l' atto di soprascrizione deve, a pena di nullità, assicurare*

notaro, ed a sei testimonj (106) almeno (207);

4. Che presentandolo, egli dichiari che il contenuto in quella carta è il suo testamento, scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro (208) e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e non sottoscritto (209);

---

(206) Ed anche a sette, come vedremo fra poco, se il testamento non è sottoscritto da lui.

(207) Quindi, come sopra abbiam detto (nota 203 pag. 170) quand' anche il testamento fosse sottoscritto, possonsi chiamare più di sei testimoni.

Potranno i legatarj essere testimoni? Lo potranno, poichè il divieto dell' art. 975 † 901 è messo solo pei testamenti per atto pubblico. Qui i legatarj non sono conosciuti, ed essi ignorano il tenore del testamento. D' altronde nel testamento per atto pubblico attestano essi che il testatore abbia fatto tali o tali disposizioni e sono quindi testimoni nella causa propria: in questa specie poi di testamenti affermano solo avere il testatore fatta tale dichiarazione: ora, di questa dichiarazione non fanno essi alcuna parte. È lo stesso, a più forte ragione, de' loro parenti o affini. (V. l' art. 43 dell' Ordinanza).

Quid, dei giovani ajutanti del notajo che redige l' atto di soprascrizione? Essi non possono intervenire da testimoni (art. 10 della legge sul notariato).

(208) Si osservi 1.° che può il testatore contentarsi di dire che il suo testamento sia scritto da un altro senza dire da chi:

2.° Che il testamento non sarebbe nullo quando fosse stato scritto da un legatario. La legge non ne ha pronunziata la nullità, e più essa è rigorosa in questa materia, meno debbono estendersene le disposizioni: *odia restringenda*. D' altronde il legatario non esegue là che un ufizio di amico, senza avere alcun carattere. Come potrebbe annullare il testamento il solo fatto che egli lo ha scritto?

Può lo stesso ragionamento applicarsi al notajo che avesse scritto il testamento, e che potrebbe in conseguenza stipulare l' atto di soprascrizione. D' altronde chi può assicurare a colui che ha scritto il testamento, legatario o notajo che sia, che il testamento che si presenta per essere rivestito della forma mistica è quello stesso che essi hanno scritto?

(209) L' art. dice *dressera*, formerà. Ciò non ostante dee questo intendersi nel senso di doverlo scrivere egli stesso. Ciò si desume:

1.° Dall' art. 979 † 905 che testualmente decide l' atto dover essere scritto dal notajo medesimo, in una circostanza molto meno di-

in modo non equivoco che tal presentazione abbia avuto luogo: " perchè dai termini dell' atto di soprascrizione, disse la Cassazione Francese colla decisione del 7 agosto 1810, non risultava la circostanza che la testatrice avea presentato il testamento al notajo ed ai testimoni, si rilevava l' inosservanza dell' art. 976 † 902, dovea perciò applicarsi la pena di nullità pronunziata dall' art. 1101 † 927 del Codice. " Denevers, *anno* 1808 *pag.* 377.

5. Che il notaro scriva il processo verbale di tutte queste operazioni, chiamato *atto di soprascrizione*, sulla carta stessa del testamento o sopra quella che gli serve d' involto; questo atto debb' essere sottoscritto da esso notaro, dal testatore e dai testimonj (210). Nel caso in

---

licata, poichè trattasi di un testamento per intero scritto datato e sottoscritto dal testatore;

2.° Dall' essersi l' Ordinanza, art. 9, egualmente servita della parola *dresser*, formare, e fu poi deciso con reale dichiarazione del 6 marzo 1751, che colla parola *dresser*, formare, bisognava intendere *scrivere*. Or siccome l' art. 9 è presso a poco testualmente trascritto nell' art. 976 † 902, dee arguirsi che nel redigere quest' ultimo articolo si siano prese le espressioni nel senso istesso nel quale erano prese nell' antico dritto.

Basta però che l' atto sia stato scritto dal notajo; non è necessario che egli lo dichiari; perchè la legge non lo esige.

È lo stesso delle altre formalità prescritte dal detto art. 976, *puta* della presentazione al notajo, della dichiarazione del testatore? La risposta a tal domanda si trae dalla natura stessa dell' atto di soprascrizione. Quest atto non è altro che un processo verbale che deve attestare i fatti che sono passati innanzi al notajo ed i testimoni: cioè la presentazione fatta dal testatore di una carta chiusa e sigillata, e la sua dichiarazione che il contenuto in quella carta sia il suo testamento scritto e sottoscritto ec. Bisogna quindi conchiudere o che l' atto di soprascrizione non dee contener nulla e nulla certificare, ovvero che debba attestare i fatti testè citati. Dunque la menzione di questi fatti è richiesta dalla natura dell' atto medesimo. In quanto alle altre formalità o condizioni opino non esserne necessaria la menzione se non quando è formalmente richiesta dalla legge. Tal' è, per esempio, quella di cui si parla alla fine del detto art. 976. *Veggasi* un arresto di cassazione del 28 dicembre 1812 (Sirey, 1813; 1. par. p. 369). Veggasi del pari la seguente nota 212 p. 174.

(210) Dee qui applicarsi l' eccezione indicata dall' art. 974 † 900, e basterebbe nelle campagne che l' atto di soprascrizione fosse firmato dalla metà de' testimonj? Dovrebbe questa eccezione sembrar senza dubbio molto più necessaria per un atto che esige un numero assai maggiore di testimoni che pel testamento per atto pubblico. Sarebbe intanto difficile d' applicare la disposizione dell' art. 974 al testamento mistico. In materia di testamenti tutto è rigoroso, ed è evidente che nel citato articolo trattasi solo del testamento per atto pubblico, poichè vi è quistione di due notai, di due o quattro testimoni. Deciso in questo senso in Cassazione il 20 luglio 1809 (*Giorn. della giurisp. del cod. civ.* tom. XIII pag. 66) (*a*).

(*a*) *Malleville opinò doversi applicare al testameto mistico quel che fu disposto pel pubblico, rapporto al numero de' testimoni scriventi nelle campagne, ma la sua opinione non fu seguita. Toullier è del sentimento del nostro autore. Egualmente il Grenier che, l. c. n. 274,*

cui il testatore, che avesse sottoscritto il testamento, non potesse per un impedimento sopraggiuntogli dopo sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dee far menzione della sua dichiarazione a questo riguardo; ma non è necessario in questo caso di chiamare un altro testimone;

6. Finalmente, che tutte le surriferite operazioni, compresavi la presentazione al notajo (211), siano fatte

---

Questa distinzione che trovasi di fatto tra questi due testamenti, e che è effettivamente singolare, dipende dal perchè nel progetto non si parlava di testamento mistico. Nella Discussione se ne ristabilì l'uso; e si organizzò questa specie di testamento cogli art. 976, 977, 978 e 979 † 902, 903, 904, 905. Si sono intanto fatti sussistere al luogo loro gli art. 974 e 975 † 900 e 901 che erano stati solamente messi in relazione col testamento per atto pubblico, poichè era questo il solo che nel progetto esigeva testimoni. Checchè ne sia, la legge prescrive in tal modo: essa è chiara, e bisogna sommettervisi.

Deve farvisi menzione della firma del testatore e dei testimoni (art. 14 della legge sul notariato) a pena di nullità (art. 68 della detta legge). Quanto alla menzione della firma del notajo la quale par che si esiga dal detto art. 14, veggasi qui sopra la nota 190 p. 158.

È dell'essenza del testamento mistico il far che rimanga tra le mani del notajo che l'ha ricevuto? Credo che no. In primo luogo è indubitato essere l'atto di soprascrizione un atto semplice che per conseguenza ai termini dell'art. 20 della legge sul notariato può esser fatto in brevetto, ed anche non può esser fatto diversamente. In secondo luogo l'art. 1007 † 933 dice che l'apertura del testamento mistico deve esser fatta in *presenza o almeno dopo la chiamata di quei notai e testimoni che segnarono l'atto di soprascrizione e che si troveranno nel luogo*. Or come applicare questa disposizione al notajo che ha firmato l'atto di soprascrizione, se questo atto fosse riguardato come una minuta, la quale per conseguenza si presumerebbe che il notajo non ha potuto rilasciare? In terzo luogo finalmente lo stesso art. 1007 ordina che il deposito del testamento mistico debb'esser fatto tra le mani di un notajo nominato dal presidente. Or come si sarebbe data questa scelta al presidente se l'atto di soprascrizione fosse riguardato come facente parte delle minute del notajo che lo ha formato? Conchiudiamo adunque che quest'atto può farsi in brevetto e rimettersi al testatore.

(211) L'articolo non dice ciò espressamente. Ma è evidentissimo dal suo cominciamento che il testatore è padrone di scrivere o di fare scrivere le sue disposizioni, di sottoscriverle, di chiuderle e sigillarle, quando lo giudica conveniente. Non può dunque essere in questo luogo quistione se non di ciò che deve esser fatto necessariamente in presenza del notajo e dei testimoni. Ora il primo di questi atti è quello della presentazione del piego al notajo ec.

risponde a tutti gli argomenti recati da Malleville. Ciò è stato confermato dalla giurisprudenza delle corti, come può vedersi nella decisione di Liegi del 29 maggio 1808, (Giurisp. del Cod. civ. vol. 12 pag. 140), e da quella della Corte di cassazione del 20 luglio 1809 (Denevers, 1809, pag. 257.)

902 di seguito, e senza deviare ad altri atti (212). 976

Non è necessario, come abbiam veduto poc' anzi, che il testamento sia stato firmato, nè tampoco scritto dal testatore; ma come bisogna almeno ch' egli possa assicurarsi se la persona che ha scritto le sue disposizioni, le abbia fedelmente scritte, quindi ne deriva che colui
904 che non sa, o non può leggere (213), non può far te- 978

---

(212) Ciò non significa solo che non debbasi interrompere l'atto di soprascrizione per farne un altro; ma eziandio che tutto deve esser fatto *uno tractu temporis.* Si vede in fatti che se, per es., vi fosse un intervallo un po lungo tra la dichiarazione del testatore e l'atto di soprascrizione, nulla attesterebbe che il piego sul quale trovasi l'atto sia lo stesso di quello che è stato presentato dal testatore. Ciò non ostante io opino che un brevissimo intervallo richiesto, per esempio, per soddisfare ad un bisogno naturale del testatore o di uno dei testimoni, o altra simile cosa, non dovrebbe importar nullità.

È d'uopo che si faccia menzione che l'atto di soprascrizione ha avuto luogo senza deviare ad altri atti? Io nol penso, poichè non è quella una formola, ma una condizione, richiesta in vero a pena di nullità, nel senso però soltanto che se fosse dimostrato che non ha avuto luogo, il testamento dovrebbe essere annullato: e ciò che viene all' appoggio di questo sistema, si è che immediatamente dopo aver detto *tutto ciò che è sopra prescritto deve essere fatto di seguito, e senza deviare ad altri atti*, l' art. aggiunge che *nel caso in cui il testatore per un impedimento sopraggiunto dopo aver firmato il testamento non potesse sottoscrivere l' atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione che egli ne avrà fatta* ec. Or certamente dal perchè l' articolo si contenta solo di esigere la menzione di questa dichiarazione, dee conchiudersene che non ha voluto estendere la necessità di questa menzione a ciò che precede immediatamente, cioè al fatto che l'atto siasi stipulato in un solo contesto.

(213) Lo scritto a mano. Non basterebbe che egli sapesse leggere la scrittura stampata: e siccome colui che non sa e non può leggere non sa nemmeno scrivere, non potrà fare testamento olografo, egli potrà dunque solo testare per atto pubblico; e se è intieramente sordo, non potrà testare nemmeno in questo modo, per causa di non poterne ascoltare la lettura. Egli morirà dunque intieramente *intestato.*

In quanto al modo in cui potrà essere dimostrato il fatto che il testatore non sapeva e non poteva leggere, credo che tal prova possa esser fatta per testimonj. È anche difficile che possa diversamente eseguirsi. Ma spetterà al legatario il dimostrare che il testatore potea leggere, o all' erede legittimo il provare che egli non potea farlo? Credo esser d'uopo distinguere: se fosse provato che il testatore avesse saputo leggere, e si pretendesse che egli nol poteva nel tempo della disposizione, spetta all' erede legittimo il dimostrare il fatto che serve di base alla sua azione o alla sua eccezione. Sarebbe lo stesso maggiormente se l' atto di soprascrizione facesse presumere che il testatore sapeva e poteva leggere, ed in questo stesso caso potrebbe esser necessario di

stamento in forma mistica. Quanto a quello che non può parlare ma può scrivere, ei può testare nel modo predetto; ma allora è d'uopo primieramente che il testamento sia per intero scritto, datato e sottoscritto di sua propria mano (214);

---

passare all'inserizione in falso; in tutti gli altri casi la pruova dovrebbe essere a carico del legatario.

(214) È difficile il dire perchè si esigano in tal caso tutte queste formalità. In quanto alla scrittura, se ne è data una tal quale ragione. Si è detto che il muto non poteva fare scrivere la sua disposizione da un altro poichè bisognerebbe che la dettasse, lo che gli è impossibile. Ma potrebbe farne l'abbozzo e farlo copiare da un altro. Che che ne sia, ed ammettendo la necessità della scrittura come giustificare quella della firma, e soprattutto quella della data? L'art. 12 dell'Ordinanza, di cui l'art. 979 † 905 non è che la copia, esigeva in vero tali formalità. Ma questa disposizione nell'Ordinanza era conseguente. L'art. 38 esigeva nel caso del testamento mistico ordinario, la data, non solo dell'atto di soprascrizione, ma eziandio della disposizione. L'istessa formalità doveva richiedersi con più ragione nel testamento del muto. Ma il Codice avendo soppresso la necessità della data nell'art. 976 † 902, per essersi ragionevolmente riconosciuto che era l'atto della soprascrizione quello che doveva fissar la data del testamento (*a*), non trovo ragione perchè siasi poi conservata la necessità della data nell'art. 979. D'altronde l'art. 12 dell'Ordinanza era fatto unicamente per i paesi di dritto comune in cui i testamenti olografi non erano ammessi, meno che non fossero stati *inter liberos*. Si era pertanto creduto dovetli ammettere a riguardo dei muti, ma coll'obbligo a' medesimi di farli rivestire della solennità del testamento mistico. Ora questa ragione è nulla nel dritto attuale che permette a tutti e da per ogni dove di testare nella forma olografa. Ma checchè ne sia, la disposizione è precisa, ed un testamento mistico fatto da un muto sarebbe certamente nullo ove non vi fosse la data, e ciò a termini dell'art. 1001 † 927.

Del resto può sorgere a questo proposito una quistione molto importante. Egli è indubitato, che nel caso dell'art. 979 questo testamento, indipendentemente dall'atto di soprascrizione, riunisce tutte le condizioni richieste per la validità di un testamento olografo. Se si supponesse ora che l'atto di soprascrizione fosse nullo, il testamento varrebbe almeno come olografo? L'istessa quistione può presentarsi riguardo al testamento mistico fatto da qualunque individuo, e che si trovasse scritto per intero, datato e firmato dal testatore. È sorprendente che il giudizioso Ricard abbia potuto su tale quistione adottar la negativa. (*Delle Donaz. par.* 1. n. 1610 *e seg.*) Egli fonda così il suo ragionamento. " Avendo il defunto manifestato voler fare il suo

(*a*) *Che non sia necessaria la data nel testamento mistico venne pure deciso dalla Corte di cassazione francese coll'arresto del* 14 *maggio* 1809 *riportato nella Raccolta del Denevers vol. del* 1809 *pag.* 164, *eccetto solo il caso previsto dall'art.* 979 † 905 *del Codice.*

In secondo luogo, ch' egli lo presenti chiuso e si-

,, testamento in una forma più solenne, è da riputarsi ch'egli non
,, ebbe sicuramente il disegno di confidar la sua volontà in una forma
,, più comune, e meno sicura; quindi non trovandosi perfetto nella
,, maniera da lui scelta, l'atto che è stato fatto non è sufficiente per
,, far fede delle sue intenzioni. ,,

È evidentissimo essere tal ragionamento un puro sofisma. Ed in effetti qual' intenzione si può ragionevolmente supporre nell' uomo il quale dopo aver fatto un testamento olografo lo riveste della forma mistica? Può mai credersi ch' egli abbia voluto così annullare il suo testamento come olografo? No certo. *Non credendus est quisquam*, dice Ulpiano nella legge 3. ff. *de testam. militis*, *genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.* Ora quali sono gl' inconvenienti, *fortuitos casus*, che vuol prevenire o impedire il testatore nella specie proposta? In primo la soppressione del suo testamento. Il testamento olografo può in vero esser depositato presso un notajo, ma non è in uso di farne atto di deposito: in conseguenza non v' ha nulla che lo comprovi. Il testamento mistico può essere, ed è ordinariamente messo nel numero delle minute del notajo; nel suo repertorio dev' essere registrato l' atto della soprascrizione. Vi è dunque molto meno a temere che sia disperso, e soppresso. In secondo luogo il testamento olografo è un atto sotto firma privata, che può in conseguenza essere impugnato, ed allora spetta a colui che ne sostiene la veracità a pruovarla. L' atto di soprascrizione dà al testamento mistico il carattere d' autenticità, ed in forza di ciò fa fede, finchè non vi è inscrizione in falso, ed allora spetta a colui che sostiene di esser falso il pruovarlo. Sicuramente tali motivi sono sufficientissimi per determinare il testatore a rivestire il suo testamento olografo della forma mistica, senza improntargli l' idea di far dipendere l' esecuzione della ultima volontà da tale o tale o tal altra forma di testamento. *Non credendus est voluisse genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia.*

Ciò che v' ha di singolare si è, che Ricard medesimo ha consacrato tali principj nel suo numero 548 dove esamina la quistione di sapere, se, allorchè il testatore ha riconosciuto innanzi a' notai il suo testamento olografo, a fin di dargli il carattere d' atto autentico, l' incapacità del notajo debba viziare il testamento, e decide per la negativa, *visto che*, dic' egli, *il testamento e la ricognizione sono due atti separati che possono sussistere uno senza dell' altro*, *di maniera che il vizio che s' incontra in uno non può far pregiudizio all' altro che è rimasto adempito in tutte le sue forme*, ec. Ora tal ragionamento non si applica egli al testamento olografo ch' è stato rivestito di un atto di soprascrizione il quale si trova nullo?

Finalmente il Codice ha sanzionato l' istesso principio decidendo (art. 1318 † 1272) che l' atto nullo come atto notariale, era valido come atto sotto firma privata ove fosse rivestito della firma delle parti. Dunque ec. (a)

(a) *Esamina lungamente e dottamente il Grenier*, *l. c. num.* 276, *questa quistione*, *e conclude adottando l' opinione contraria a quella*

gillato al notaro ed ai testimonj, o che lo faccia chiudere e sigillare in loro presenza;

In terzo luogo, che egli scriva, egualmente in loro presenza, in fronte della carta che dee contenere l'atto di soprascrizione, che quella carta ch' egli presenta è il suo testamento (215);

In quarto luogo finalmente, che si osservino nella redazione dell' atto di soprascrizione, tutte le surriferite formalità, e che vi si faccia inoltre menzione, che il testatore ha scritto in presenza del notaro e dei testimonj la dichiarazione di cui testè parlavamo.

979
905

Generalmente parlando, i testimonj chiamati per assistere alla formazione de' testamenti, siano mistici siano per atto pubblico, debbono essere maschi, di età maggiore, regnicoli (216), e che godano dei dritti civili.

980
906

(215) Osservate che la legge non richiede affatto che questa dichiarazione sia firmata. Senza dubbio è meglio che lo sia: ma non vi sarebbe nullità ove non fosse.

(216) L'articolo dice, *sudditi del Re*. Sono queste due espressioni sinonime? Io lo penserei tanto più volontieri in quanto che nella prima edizione, la sola che sia stata sanzionata dall' autorità legislativa, eravi la voce Repubblicani *Republicoles*. Quando la repubblica divenne Impero, non si volle adoprare la voce *Impericoles* che non è francese, e vi si sostituirono le parole *sudditi dell' imperatore*: e nell' edizione fatta dopo la ristaurazione si è sostituita la voce *Re* alla voce *Imperatore*. Ma d' altra banda, egli è certo che nell' una e nell' altra di queste edizioni non altro si ebbe in mira che l' unico oggetto di cambiare le espressioni che non potevano più convenire all' ordine stabilito, ma che non s' intese in nulla cambiare il fondo delle disposizioni. Quindi le parole *sudditi dell' Imperatore*, ed in seguito *del Re* sono state impiegate nello stesso senso che la voce *Republicoles*. Ora quest' ultima voce è ben certamente sinonima di *Regnicoles*. Dunque ec.

Lo straniero ammesso dal Governo a far la sua residenza in Francia, e che conseguentemente vi gode i diritti civili, può esser testimonio in un testamento? L' affermativa non mi sembra punto dubbiosa. La sola differenza che vi ha tra questo individuo ed il francese che non è cittadino, in quanto a' diritti rispettivi, si è, che questo straniero può perdere i diritti civili cessando di risedervi, mentre che il francese non può perdergli, che in una delle maniere espresse negli articoli 17 19 e 21 † 20, 22 e 25 del Codice. D' altronde non si co-

del nostro Autore; opinione ch' egli avea già sostenuta come terzo arbitro d' accordo coi signori Grangier e Chabrol, valenti giureconsulti in Riom. È giovevole avvalersi del di lui sentimento nella circostanza di un caso simile.

noscono che due specie di dritti relativamente alle persone, cioè dritti civili, e dritti politici. Egli è indubitato, che il dritto di far da testimonio in un testamento non si è riguardato come facente parte dei dritti politici, poichè altrimenti sarebbe stato molto più semplice di impiegare le parole *cittadino francese*, come sta detto nell' art. 9 della legge sull' organizzazione del notariato riguardo a' testimonj degli atti ordinarii. Si è dunque creduto che fosse sufficiente godere de' dritti civili, per poter far da testimonio in un testamento. Ma, si dirà allora, perchè aver riunito le due qualità di *regnicolo*, e godente dei diritti civili? Ciò è perchè si può esser *regnicolo* e non godere di tutti i diritti civili; tali sono coloro contro de' quali è stata pronunziata l'interdizione, contenuta nell' art. 42 del Codice penale (*a*).

Così venne giudicato a Torino il 10 aprile 1809. (Sirey, 1810, 2. par. p. 85). Ma io non debbo dissimulare che il contrario sembra essere stato giudicato a Rennes il dì 11 agosto dello stesso anno (*ibid.* pag. 9); e che il ricorso contro questa decisione fu rigettato il 23 gennajo 1811 (*ibid.* 1. par. p. 243.) Si deve conchiudere da ciò che la parola *regnicolo* sia sinonima di quella di *francese*, o *cittadino francese*? Ma allora, lo ripeto, era molto più semplice d' impiegare quest' ultima locuzione, la quale non avrebbe lasciato niuna specie di dubbio; e non essendosi impiegata, mi sembra che si dee necessariamente conchiuderne che il legislatore non ha avuto l'intenzione di esigere questa qualità. Ed in seguito di tali premesse si può aggiungere una nullità che non è formalmente pronunziata dalla legge, in una materia d'altronde tanto rigorosa quanto è quella de' testamenti?

Quid, se nell' opinione pubblica il testimonio passa come godente i dritti civili, e che nel fatto non li goda? Io son d' avviso che il testamento è valido. Arg. tratto dalla famosa legge *Barbarius Philippus*, 3. *ff. de off. Praet.*, dalla legge 1. *Cod. de testamentis*, e soprattutto dal §. 7 *Instit. de testam. ordin.* che ha testualmente decisa la quistione. Giudicato in questo senso a Limoges il 7 dicembre 1809 (Sirey, 1813, 2. par. p. 335.) ed in Cassazione il 28 febbraio 1821 (*ivi*, 1822, 1. par. p. 1). Non sarebbe però lo stesso di una incapacità che può avvertirsi e verificarsi, come per esempio la minore età: e ciò quand' anche il testimonio si fosse annunziato come maggiore. Si doveva verificare o prenderne un altro (*b*).

(*a*) *Tra i dritti civici, civili e di famiglia il di cui esercizio i tribunali in Francia possono interdire per condanne, evvi quello di essere adoperato come testimonio negli atti, e di far testimonianza in giudizio, meno che per semplici dichiarazioni, come si raccoglie dai num. 7, e 8 dell'art. 42 di quel Codice penale citato dall' autore.*

Noi non abbiamo data questa facoltà ai nostri magistrati, tutto che nel resto abbiam conservate le disposizioni di questo articolo nel nostro art. 27 delle Leggi penali, di cui dammo una compiuta analisi parlando della privazione de' dritti civili, nella prima Osservazione al tit. II del primo Libro. Vedi vol. 1. *del Corso pag.* 123.

(*b*) *Veggasi una decisione della corte di Torino del 17 febbrajo 1817, che dichiarò nullo un testamento nel quale due testimonj s'eran dichiarati maggiori tutto che fossero di età minore, riportata da Denevers an. 1806 Suppl. pag.* 114.

Si rifletta che nell' art. 980 † 906 la parola *godimento* de' dritti civili, è sinonima della parola *esercizio*, di maniera che colui il quale avesse il godimento, ma non l' esercizio de' dritti civili, come l' interdetto, il condannato in contumacia ad una pena portante morte civile, nel tempo dei cinque anni di dilazione, non potrebbero essere testimonii.

Sarebbe mai necessario che i testimonii de' testamenti siano domiciliati nel circondario del comune dove l' atto è stato stipulato, come si esige per gli atti notariali in generale, dall' articolo 9 della legge del 25 ventoso anno 11? Io non sono di questo avviso. L' art. 980 del Codice avendo particolarmente specificato la qualità che devono avere i testimonii, dee starsi interamente a quest' articolo, come noi l' abbiamo già detto, il quale è posteriore a questa legge. Vi sono poi delle ragioni di differenza fra i testamenti e gli altri atti: la prima si è, che il testamento è di natura a dover restar secreto, ed in conseguenza è possibilissimo, preciso in un picciol comune, che il testatore non abbia affatto voglia di far conoscere le sue disposizioni alle persone abitanti l' istesso comune: la seconda si è che vi necessita un numero maggiore di testimonii, soprattutto per i testamenti mistici, testimonii i quali debbono tutti essere scribenti, ciò che rende ancora la scelta molto più difficile tra quelli che il testatore può creder degni della sua fiducia. Così fu giudicato a Parigi il 18 aprile 1814 (Sirey, 1814. 2. par. p. 437); a Caen il 19 agosto, e 12 novembre 1812 (*ibid.* 1813, par. 2. p. 87 e 113); a Limoges il 7 dicembre 1809 (*Ivi*, pag. 335) ed a Roano il 16 novembre 1818 (*ivi*, 1819, 2. par. p. 28).

Deesi enunciare il domicilio de' testimonii? Sì. L' art. 13 della legge notariale viene ad esser formale su questo punto. *Nec obstat* ciò che abbiam detto relativamente alle qualità de' testimonii. L' enunciazione del domicilio non è una qualità; e d'altronde è d' uopo che le parti interessate sappiano dove rinvenire i testimonii per conoscere se hanno le qualità richieste. Similmente è necessario che sian chiamati per assistere all' apertura del testamento mistico. Così giudicato dalla Cassazione il 1. ottobre 1810 (Sirey, 1811, 1. par. p. 29).

Il Codice non parla qui che delle sole incapacità legali che impediscono ad un individuo il far da testimonio. Ma *quid* per le incapacità fisiche. Ciò si lascia all' arbitrio del giudice. La sola regola che può tenersi sul proposito è la seguente: se il difetto fisico è tale da mettere il testimonio nella impossibilità di poter affermare l' identità della persona del testatore, o di assicurarsi della verità delle sue disposizioni, e della loro conformità alle intenzioni del disponente, dee la sua testimonianza essere rigettata, e dichiarato nullo il testamento, se questo testimonio era necessario per completare il numero voluto dalla legge. Ciò non ostante la corte di Nancy giudicò nel 28 luglio 1817 (Sirey, 1818, par. 2, p. 89), non esser necessario che i testimonii intendessero il francese (*a*). La stessa cosa venne giudicata

(*a*) *E questa decisione denunziata alla censura di quella Corte di cassazione venne confermata nel* 14 *luglio* 1808, *per aver la corte reale riconosciuto che il testimone avea potuto acquistare sul merito e la sostanza stessa delle disposizioni testamentarie una percezione*

Oltre a ciò, se si tratta di un testamento per atto pubblico (217), non si possono prendere per testimonj nè i legatarj, a qualunque titolo (218), nè i loro parenti

---

dalla corte di Douai nel 1 febbrajo 1816 (*ivi*, p. 98). Io confesso che queste decisioni mi sembrano singolari. Ed a qual fine, per esempio, si sarebbe ordinato la lettura del testamento innanti a' testimonii, se costoro non intendessero la lingua nella quale il testamento fosse scritto?

(217) In conseguenza tal proibizione non si estende al testamento mistico. Ed in effetti in quello per atto pubblico i testimonj conoscono le disposizioni del testatore. Se dunque si accorgono che ve ne esista taluna a lor favore, debbon sapere che non possono far da testimonj, ed il notajo istesso dee prevenirli, come eziandio il testatore. *Secus* nel testamento mistico il di cui contenuto non è noto nè al notajo nè a' testimonj. E tal era la disposizione dell' art. 43. dell' Ordinanza. Si è pure deciso dalla corte di Nimes nel 21 febbrajo 1821, (SIREY, 1821, par. 2. p. 276), che il notajo il quale abbia scritto il testamento mistico, può ricevere l'atto della soltoscrizione dello stesso testamento, e ciò quand' anche questo testamento contenesse delle disposizioni in suo favore. La quistione pertanto mi sembra suscettibile di controversia.

(218) Cioè, universali, a titolo universale, o particolare. Sono anche di avviso che questa disposizione sia applicabile a tutti coloro che *aliquid commodi sentiunt ex judicio defuncti*. Per es. se una disposizione fosse concepita ne' seguenti termini: *Io dò e lego la mia casa a Pietro, col peso di dover dare mille scudi a Paolo*: penso che nè Pietro nè Paolo possano far da testimonj. Poichè se noi supponiamo che Pietro non raccoglie il legato per esser morto prima, o per aver rinunziato, ec. la successione del testatore nella di cui massa ricade la casa sarà obbligata di pagare li mille scudi a Paolo. Si vegga qui appresso la nota 247 p. 194. Paolo è dunque il vero legatario.

Quid, se il legato era puramente rimuneratorio, il legatario potrebbe fare da testimone? Mi sembra che debba farsi distinzione; se i servizj eran tali da produrre azione *in giudizio*, e che il legato non eccedesse ciò che potrebbe ragionevolmente dimandarsi, allora non essendo l' individuo veramente legatario, non è compreso nella proibizione. *Secus* nel caso contrario, e quand' anche i servizj fossero di natura a produrre un' obbligazione naturale; poichè allora vi è legato; giacchè *plus est in legato quam in debito*. Il debito non dava azione, ed il legato ne dà una.

Quid, se è stata legata una somma ad un ministro del culto per essere impiegata per intero ad opere di *beneficenza* determinate dal testamento, questo ministro potrebbe far da testimonio? Io penso che si, e soprattutto se è stato designato di una maniera generale; per esempio se si fosse detto: *Io dò al curato della parocchia* ec. In tali

così distinta al pari degli altri testimoni; e quindi non avendo fatto che valutare una facoltà personale del testimonio, ciò non poteva dar luogo a cassazione. V. Sirey, tom. 18 prima parte pag. 307.

od affini (219) sino al quarto grado inclusivamente (220),
975 nè gli ajutanti dei notari dai quali il testamento sarà ri-
901 cevuto.

---

essi non è egli propriamente parlando il legatario: (Ricard, *delle donaz.* par. 1. n.° 555). Così giudicato in Cassazione gli 11 settembre 1809 (Sirey, 1809, 1. par. p. 417) (*a*).

Quid, se vi ha interposizione di persone, cioè se è dimostrato che un legato che sembra fatto ad un terzo sia veramente fatto a pro del testimonio? L'art. è applicabile, ed il testamento è nullo. È lo stesso se la disposizione è simulata; *puta*, se sia fatta sotto la forma della riconoscenza di un debito, privo di qualunque altra prova o indizio. (Chabrol, sull'art. 49. della Consuetudine di Alvergna).

Quid, se uno de' testimoni è nominato esecutore testamentario? Se il testamento non contiene altra disposizione in suo favore è valido, diversamente è nullo. (Ricard, 1. par. n. 553 e 554). Dee dirsi lo stesso se un padre abbia nominato uno dei testimoni tutore dei suoi figli, o consulente della tutela.

Si osservi del rimanente, che se uno de' testimoni sia legatario, o parente di uno dei legatarj, il testamento è interamente nullo e non per la sola disposizione fatta a pro del testimone. In fatti, mercè l'incapacità pronunziata dalla legge questo testimone dee considerarsi come non esistente, ed allora si trova non essere il numero de' testimoni sufficiente. Dietro questo ragionamento, se vi si trovasse un testimonio oltre il numero indicato dalla legge il testamento sarebbe valido.

(219) *Quid*, riguardo ai parenti ed affini del testatore? Essi non sono compresi nella proibizione, qualora non siano nè legatarii nè parenti de' legatarii. Bisogna dir altrettanto del marito della testatrice (*b*).

(220) Maggiormente i notari che ricevono il testamento non possono essere parenti nè affini de' legatarj sino allo stesso grado. Il notaro è il primo testimone dell'atto ch'ei riceve. Così venne deciso a Douai, il 17 marzo 1815 (Sirey, 1816, 2. par. p. 176). Derogazione all'art. 8 della legge sul notariato, che soltanto al terzo grado estendeva la proibizione per i collaterali. Ma i testimoni possono esser parenti tra di loro. Fu così giudicato e con ragione a Bruxelles il 25 marzo 1806 (Sirey, 1813, 2. par. p. 51): la legge non ha pronunciato nullità per questo caso. V. la legge 22, ff. *de testam.* e 'l §. 8 Instit. *de testam. ordin.* Potrebbero essere essi parenti del notajo? L'art. 10

(*a*) *Il motivo addotto nel citato arresto della Cassazione fu che una tale disposizione non è punto un legato nè una liberalità, ma un peso della successione, e che d'altronde* il ministro ch'esercitava il culto in tale parocchia, *e ch'era stato testimone, non era nè nominato, nè disegnato con alcuna indicazione personale come quegli cui doveva esser consegnata la somma legata.*

(*b*) *La proibizione che fa la legge del notariato pe' testimoni parenti delle parti contraenti non è applicabile ai testamenti, poichè costoro lungi di aver interesse nel testamento sarebbero interessati ad impedirlo. Veggasi dippiù* Merlin *nel nuovo Repert. alla voce* temoin instrumentaire *pag.* 551.

Finalmente non può esser testimone in qualunque epoca chi fu condannato ai lavori forzati a tempo, al bando, alla reclusione, o alla gogna (*Cod. pen.* art. 28) a meno che non sia stato riabilitato. (*Cod. d' istr. crim.* art. 633.) è lo stesso di colui contro il quale sia stata pronunciata l' interdizione di cui fa menzione l' art. 42 del Codice penale, e ciò durante l' interdizione sudetta (*a*).

---

della legge del 25 ventoso sembra decidere la negativa. Ciò non ostante secondo il principio di sopra stabilito nella nota 190 p. 158 bisogna dire che non vi sia nullità. Il Codice ha confirmata la disposizione di questa legge relativamente ai giovani ajutanti de' notai, ed avendo serbato silenzio su i parenti di questi ultimi bisogna credere che non abbia voluto estendere sino ad essi la proibizione. Bisogna osservare in fatti che il legislatore ha potuto mostrarsi meno severo su certi rapporti riguardo ai testimoni testamentarj, che riguardo a quei degli altri atti; così atteso il maggior numero richiesto dalla legge, come perchè debbono essi in oltre riunire molte qualità non necessarie per questi ultimi. V. di sopra la nota 216 p. 177.

Se il testamento è ricevuto da due notai, posson essere essi parenti tra di loro? io nol penso. Il Codice nulla avendo ordinato relativamente ai notai, bisogna riportarsi all' art. 10 della legge del 25 ventoso.

Egli è poi sorprendente che il Codice non abbia parlato del conjuge del legatario che non è nè suo parente nè suo affine, ma che certamente non debbe esser meno compreso nella proibizione.

Quid riguardo ai domestici dei legatarj? Ai termini dell' art. 10 della legge del 25 ventoso, essi non potrebbero esser testimoni. Ciò non ostante come l' art. 975 † 901 non esclude gli affini del legatario, io credo che sarebbe difficile annullare un testamento nel quale i suoi domestici avessero assistito come testimoni. Fu così giudicato a Caen il 4 dicembre 1812 (Sirey, 1813, 2. par. p. 65.) Ma dee convenirsi che fu ciò probabilmente un obblio del legislatore: *Non possunt esse testes ii quibus imperari potest ut testes sint.* l. 6, ff. *de testibus.*

Lo stesso ragionamento dee applicarsi ai domestici de' notai: il Codice ne eccettua soltanto gli ajutanti.

(*a*) *L' art.* 42 *citato dall' Autore porta che i tribunali giudicando correzionalmente possono in certi casi interdire in tutto o in parte l' esercizio di alcuni dritti civici, tra quali nel num.* 7 *indica quello di esser perito* o adoperato come testimonio negli atti.

Nelle nostre nuove Leggi penali *si è pure dato ai giudici correzionali il poter in certi casi pronunziare l'* interdizione a tempo, *ma nell' art.* 27 *spiegandosi che questa consiste nel vietare al condannato uno o più de' seguenti dritti; nel corrispondente n.* 7 *si è detto solamente* di essere adoperato come perito ne' giudizii penali. *Questa interdizione dunque non si estende tra noi alla perizia nei giudizii civili, e molto meno alla testimonianza in qualunque giudizio o negli atti. Può dunque quest' interdetto esser tra noi testimonio nel testamento mistico, di che era quistione.*

§. II.

Delle formalità dei testamenti nei casi di eccezione.

Le circostanze che parvero tali da rendere necessaria la modificazione delle regole prescritte nel paragrafo precedente, sono quattro:

Servizio militare,
Viaggio marittimo,
Malattia contagiosa,
Soggiorno in paese estero.

Noi faremo ora conoscere le formalità che basta osservare in ciascuno di questi casi, rammentando quanto abbiamo già osservato in proposito, cioè che le regole seguenti nulla pregiudicano al dritto che compete ad ogni Francese di fare dovunque, ogni qualvolta lo vuole o lo può, un testamento olografo.

Primo caso.

Testamento militare.

Il testamento militare è quello che vien fatto da un militare in attività di servizio, o da una persona impiegata nelle armate (221). Esso può essere ricevuto:

O da un ufficiale che abbia almeno il grado di capo di battaglione o di squadrone, in presenza di due testimonj;

981 O da due commissarj di guerra, senza testimonj; 907

O da uno dei detti commissarj, in presenza di due testimonj. (*Ordinanza del 28 luglio 1817, art. 9* Bullett. n. 2822.) (*a*).

(221) Per conoscere ciò che debba intendersi con questa espressione, veggasi al vol. 1. nota 73. p. 185.

(*a*) *Grenier, l. c. num. 279, propone una difficoltà molto imbarazzante nell' applicazione dell' art.* 981 † 907, *per motivo della minuta di cui si chiese l' esibizione giusta l' art.* 1334 † 1289 *Cod. civ. e* 221 *e* 222 † 316 *e* 317 *Cod. di proced. civ. Darebbe luogo a gravi*

O finalmente, se il testatore è ammalato o ferito, dall' officiale in capo di sanità assistito dal comandante militare incaricato della polizia dello spedale. 982 *908*

In tutti questi casi il testamento dovrà essere sottoscritto dal testatore, o dovrà farsi menzione della sua dichiarazione di non sapere o di non potere sottoscrivere, come pure della causa che gl' impedisce di farlo. Esso dovrà inoltre essere sottoscritto da coloro che lo hanno ricevuto; ed essendovi testimonj, da uno di essi almeno, con menzione della causa per la quale l' altro non ha sottoscritto (222). 998 *924*

Il testamento militare può farsi in qualunque paese trovisi il testatore. Ciò nondimeno, finchè egli si trova sul territorio francese, bisogna distinguere: egli può testare militarmente, se trovasi in ispedizione (223), o in una piazza assediata (224), oppure in un luogo qualunque col quale siano interrotte le comunicazioni a cagione della guerra. Ma s' egli è semplicemente acquartierato o in guarnigione nell' interno del Regno, è tenuto di adempiere le formalità ordinarie. Una volta però ch' egli tro-

(222) Riflettete, 1.° Che egli non è necessario di farsi menzione di tutte queste firme. Non può qui applicarsi la legge sul notariato, poichè questo non è un atto notariale.

2.° Che a' termini d' una istruzione del Ministro della guerra del 24 brumale an. XII. i testimoni debbon esser maschi, maggiori, e non esser nè commessi nè i delegati di colui che riceve il testamento.

(223) Ma se il testamento è stato ricevuto da un comandante, ma dopo che quegli che dee rimpiazzarlo sia giunto nel campo, esso è nullo, quand' anche il testatore fosse morto in battaglia. (L. 20, ff, *de test. militis*). Ma s' egli è rimpiazzato soltanto per andare ad un altra spedizione, il testamento è valido.

(224) E ciò quand' anche vi fossero de' notai nella piazza. La legge non distingue. Può questo sembrare strano; ma ciò può essere fondato sul motivo che in una città assediata, il servizio al quale il militare è sottoposto, non gli permette di adempire le formalità ordinarie. V. una decisione della Corte di Parigi del 1 dicembre 1815 (Sirey, 1818, par. 2, p. 111).

disordini l' ammettere che un commissario di guerra o altro uficiale militare che abbia ricevuto un testamento ritenga presso di se la minuta. Sarebbe opportuno, dic' egli, che un regolamento rimuovesse ogni dubbio, e si potrebbe conseguir tale scopo adattando al testamento militare la stessa precauzione presa pel testamento fatto sopra mare.

visi fuori del territorio, in quartiere, in guarnigione o prigioniero presso il nemico (225), egli può in tutti i casi profittare del benefizio della legge.

983
909

Codesto favore non essendo accordato in simili circostanze ai militari ed altri impiegati che a ragione dell' impossibilità nella quale si trovano di osservare le formalità ordinarie, il testamento militare, sebbene fatto validamente da principio, diviene nullo allo spirar di sei mesi dall' epoca nella quale il testatore è ritornato in un luogo ove può fare testamento nelle forme ordinarie (226).

984
910

Secondo caso.

Viaggio marittimo.

988
914
995
921

Il secondo caso d' eccezione è quello del testamento fatto sul mare, durante un viaggio, tanto dagli individui componenti l' equipaggio del bastimento, quanto dai semplici passaggieri (227).

Noi diciamo *fatto sul mare, durante un viaggio*, perciocchè rendesi necessario il concorso di queste due circostanze. Laonde, anche dopo l' imbarco, fintantochè il viaggio non è incominciato (228), il testamento non può

(225) Quegli che fosse stato preso dai corsari africani, e menato in schiavitù, può far testamento? Si; non conosciamo in Francia, e rispetto ai Francesi, la morte civile risultante dalla schiavitù. Ma come potrebb' egli testare? O nella forma olografa, o, se lo può, nelle forme usate nel paese in cui è ritenuto schiavo.

(226) Ma se prima di scorrere questi sei mesi egli è obbligato a rendersi nel luogo in cui avrebbe dritto di testare militarmente, il testamento è valido. (L. 38, §. 1, ff. *da test. militis*).

(227) Quand' anche questi passaggieri facessero parte delle truppe imbarcate per una spedizione. Gli uffiziali di terra non hanno dunque sul mare altre funzioni da esercitare che quelle di prender nota de' cambiamenti ed altre circostanze sul controllo nominativo della truppa ch'è sotto il di loro comando. (*Instruz. del ministro della guerra* del 24 brumale an. 12, che si trova in fine della nota 73 tom. 1. p. 185.

(228) Da quando il viaggio si reputa incominciato? Si potrebbe per analogia dell' art. 328 † 319 del Codice di commercio decidere che sia dal giorno in cui la nave ha fatto vela. La stessa conseguenza potrebbe trarsi dall' art. 996 † 922 del Codice civile. Imperciocchè basta che la nave abbia abordato un luogo qualunque in cui siavi un uffiziale pubblico capace di ricevere un testamento, perchè il testatore non sia più considerato in viaggio marittimo quand' anche non fosse

essere fatto che nelle forme ordinarie. Egualmente non vi è luogo all' eccezione, nè si reputa il testamento fatto *sul mare*, tuttochè fatto *durante il viaggio*, se nel tempo in cui fu fatto la nave fosse approdata ad una terra del dominio francese, in cui vi fosse un pubblico ufficiale francese, o in una terra straniera. Nel primo caso esso non sarà valido, se non quando sarà stato steso secondo le forme prescritte in Francia; e nel secondo con quelle praticate nel paese in cui sarà stato fatto (229). 991 920

Ma se il testamento è fatto sul mare e durante il viaggio, può essere ricevuto nel modo seguente: a bordo de' vascelli ed altri bastimenti dello Stato, dall' ufficiale comandante del bastimento, o in di lui mancanza da quello che ne fa le veci nell' ordine di servizio, l' uno o l' altro coll' assistenza dell' ufficiale di amministrazione o di colui che ne adempie le funzioni; ed a bordo de' bastimenti di commercio potrà essere ricevuto dal segretario della nave, o da chi ne fa le veci, l' uno o l' altro unitamente al capitano, proprietario o *patrone*, ed in mancanza di questi, dai loro supplenti (230).

914 925 In tutti i casi questi testamenti debbono riceversi alla presenza di due testimonj, e sottoscriversi come fu detto pel caso precedente. 988 999

Se il testatore è egli stesso uno di quelli sopra indicati, e destinati a ricevere i testamenti sul mare, il suo verrà ricevuto da quello che gli succede in ordine di servizio, uniformandosi nel resto alle precedenti disposizioni. 915 989

916 Il testamento debb' esser fatto in doppio originale (231); e se il bastimento, prima del suo ritorno nei 990

---

morto, maggiormente debb' essere lo stesso sino a che la nave sia nel porto da dove dee partire.

(229) Secondo la regola, *locus regit actum*. Il testamento può egualmente esser fatto secondo le leggi francesi innanzi al cancelliere del consolato (*Ordinanza della marina* del 1681, lib. 1. tit. 9. art. 24; ed arg. tratto dall' art. 48 † 50 del Codice civile.)

(230) Vi è questa differenza, che su' bastimenti dello Stato il comandante è quegli che riceve il testamento coll' assistenza dell' uffiziale di amministrazione. Sui bastimenti commercianti al contrario è lo scrivano quei che lo riceve assistito dal capitano. Si teme in questo secondo caso che il capitano non sia capace di ricevere un testamento.

(231) Vale a dire che il testamento debb' esser fatto in due originali assolutamente simili, e sottoscritti dalle stesse persone.

porti della Francia, approda ad un porto straniero in cui si trovi un console francese, coloro che hanno ricevuto il testamento sono tenuti a depositare l'uno degli originali, chiuso e suggellato (232), nelle mani di questo console, che lo farà pervenire al ministro della marina,
991 e questi lo farà depositare alla cancelleria del giudice di
917 pace del luogo ove il testatore ha domicilio.

Al ritorno del bastimento in un porto di Francia, sia in quello dell'armamento, sia in qualunque altro, i due originali del testamento chiusi e suggellati, o l'uno di essi, nel caso che l'altro sia stato depositato durante il viaggio, vengono consegnati all'uffizio del preposto all'inscrizione marittima, che li trasmette senza ritardo
992 al ministro della marina, il quale ne ordina il deposito
918 come sopra.

Si fa inoltre menzione sul ruolo del bastimento, ed in margine (233) al nome del testatore, della consegna
993 che sarà stata fatta degli originali del testamento, sia in
919 un porto francese sia in un porto straniero, se vi ha luogo.

Bisogna d'altronde osservare, riguardo a questa sorta di testamenti (234):

1. Che essi non possono contenere alcuna disposi-

Dee farsi menzione che il testamento siasi fatto in doppio originale? La legge nol dice, come lo prescrive pei contratti nell'art. 1325 † 1279; e come l'abbiam di già fatto osservare, le nullità non si suppliscono, soprattutto in una materia così rigorosa. Ciò non ostante può esser molto importante il far questa menzione: poichè se fosse presentato un originale, e si venisse a domandar la nullità del testamento per violazione dell'art. 990 † 916, incomberebbe a coloro cui preme di sostenerne la validità il provare che i due originali sono stati fatti; quandochè se ve ne fosse la menzione l'atto farebbe pruova sino all'iscrizione in falso.

(232) L'articolo dice chiuso o suggellato, ma è uno sbaglio di redazione o di stampa. (Arg. tratto dall'articolo seguente).

(233) Dopo queste parole vi è nell'edizione ufficiale una virgola che bisogna togliere. Il nome del testatore ha dovuto essere inscritto sul ruolo dell'equipaggio, prima della partenza, come il nome di tutte le persone imbarcate, ed appunto al margine di questo nome bisogna far menzione della rimessa del testamento.

(234) Vale a dire riguardo ai testamenti fatti sul mare nel corso d'un viaggio, e non di quei che fossero stati fatti in un porto, conformemente all'art. 994 † 920, ed ai quali le due seguenti osservazioni non sono applicabili.

zione in favore degli ufficiali del vascello, quando non siano parenti del testatore;

2. Che non sono validi, se non quando il testatore muoja sul mare, o nei tre mesi dopo che sarà disbarcato in un luogo in cui avrebbe potuto far testamento nelle forme ordinarie (235).

Terzo caso.

Malattia contagiosa.

Quelli che si trovano in un luogo col quale è interrotta ogni comunicazione per causa di una malattia contagiosa, possono, quando anche non ne fossero attaccati, fare il loro testamento davanti il giudice di pace, o davanti uno degli uffiziali municipali del comune (236), l'uno o l'altro assistiti da due testimonj; le sottoscrizioni si fanno come nel caso del testamento militare.

Nei lazaretti o altri luoghi riserbati, i testamenti sono ricevuti da un membro dell'autorità sanitaria in presenza di due testimoni; le sottoscrizioni si fanno come di sopra nel testamento militare (legge del 3 marzo 1822, art. 19; *Bullet.* n. 12211.) »

Questi testamenti divengono nulli sei mesi dopo che le comunicazioni saranno state riaperte o che il testatore sia passato in un luogo in cui non sono interrotte.

Quarto caso.

Testamento fatto in paese estero.

Il Francese può testare in paese estero nelle forme praticate nel paese in cui si trova (237). Può egualmente,

(235) Dunque s'egli si rimbarca primo dello spirar de' tre mesi, il testamento è valido indefinitamente (L. 38, §. 1, ff. *de Testam. milit.*)

(236) L'Ordinanza permetteva ai ministri de' culti di ricevere questa sorta di testamenti. Sono essi in fatti coloro che abbandonano meno spesso i malati in queste occasioni. È dispiacevole che questa disposizione non sia stata conservata.

(237) Ma se in questo paese vi esistono, come in Francia, forme particolari per le disposizioni testamentarie, son esse quelle che bisogna seguire, nè basterebbe adoprar quelle richieste pe' casi ordinarii.

999 come lo abbiamo detto, fare da per tutto un testamento
925 olografo; ma in ogni caso il di lui testamento non può ricevere la sua esecuzione riguardo ai beni situati in Francia, se non che dopo essere stato registrato all' ufficio del suo domicilio, se ne ha conservato uno; altrimenti all' ufficio del suo ultimo conosciuto domicilio (238); e quando il testamento contenesse delle disposizioni relative ai beni immobili situati in Francia, dovrà inoltre regi-
1000 strarsi all' ufficio del luogo in cui si trovano questi im-
926 mobili, senza che si possa però esigere una doppia tassa (a).

Sezione II.

Delle diverse disposizioni che possono aver luogo in un testamento, e dei loro effetti (239).

Le disposizioni testamentarie possono avere tre differenti oggetti. Conciossiachè od esse riguardano il testatore

(238) Osservate che la legge non prescrive alcun termine per questo registro.

(239) Non vi esiste alcuna disposizione nel Codice relativamente all' interpetrazione degli atti di ultima volontà. Si può dar per ragione di questo silenzio che la maggior parte delle regole stabilite per l' interpetrazione delle convenzioni si applicano ai legati. Quindi 1.° come ne' contratti bisogna indagare quale sia stata la comune intenzione dei contraenti, piuttosto che arrestarsi al senso letterale delle parole (art. 1156 † 1109), del pari nei testamenti non bisogna tanto attaccarsi alla proprietà delle parole, quanto al significato che ha voluto loro dare il testatore; e per iscovrire quel ch' egli ha voluto dire, vi è meno bisogno, dicono le romane leggi, della sottigliezza d' un grammatico, che del senso comune e del giudizio d' un uomo ordinario. *Non enim in causa testamentorum ad verborum definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis semper utantur.* l. 69, 5. 1. ff. *de legatis*, 3; Ed altrove: *in conditionibus testamentorum, voluntatem potius quam verba considerari oportet*, l. 101. ff. *de condit. et demonstrat.* V. l' arresto di cassazione del 25 novembre 1818 in Sirey, 1819, par. 1. p. 335.

2.° Nelle convenzioni, quando una cosa è suscettibile di due sensi, deesi piuttosto intenderla in quello col quale può essa aver qualche

(a) *Gli ambasciadori o ministri delle potenze straniere possono testare secondo le forme autorizzate dalle leggi del loro paese. Decis. della Corte di cass. franc. del 28 ventoso anno 1813; Sirey, tom. 7, pag. 1228.*

solo: tali sono, per esempio, quelle colle quali egli determina il luogo ed il modo de' suoi funerali, il monumento ch' ei vuole che se gli eriga ec.; od esse hanno

---

effetto, che nel senso col quale non ne avrebbe alcuno. (art. 1157 † 1110.) Questa regola si applica egualmente ai legati. (l. 109, *ff. de legatis* 1.)

3.° Nelle convenzioni, quel ch' è ambiguo s' interpetra per quel ch'è in uso nel paese in cui il contratto è stipulato. (art. 1159 † 1112.) Nei legati l' interpetrazione si fa secondo l' uso e l' abitudine del testatore. (*LL.* 44, e 78, §. ult. ff. *de legatis* 3., e l. 96, ff. *de Reg. juris.*)

4.° Nelle convenzioni le clausole dubbie s' interpetrano a favore del debitore. Del pari ne' testamenti, le clausole totalmente dubbie, vale a dire quelle riguardo alle quali è impossibile di scovrire l' intenzione del testatore, s' interpetrano a favore dell' erede (LL. 11, e. 27, ff. *de Rebus dubiis*; e l. 9 ff. *de Reg. juris.*) *In obscuris quod minimum est sequimur.*

Si può opporre a quest' ultima regola la l. 12, ff. *de Reg. juris*, la quale decide che ne' testamenti *plenius voluntates testantium interpetrandae sunt*; donde può conchiudersi, che nel dubbio si debba interpetrare a favore del legatario. Ma io penso che questa massima debba essere intesa nel senso della seconda regola di sopra indicata relativa alle clausole suscettibili di doppio senso, e che debbon essere interpetrate nel senso col quale posson esse produrre qualche effetto. Ed è perciò che il Codice decide (art. 1023 † 978) che il legato fatto al creditore non si reputa fatto in compenso del suo credito. Quest' è il caso della l. 12, ff. *de Reg. juris.* Ma se la disposizione fosse certa in se stessa, e vi fosse dubbio soltanto sulla maniera di eseguirla, in modo pertanto che in tutti i casi ella avrebbe un effetto ragionevole, allora deesi decidere in favore del debitore, vale a dire, dell' erede. Ed è secondo questo principio che se il legato sia di una cosa indeterminata, la scelta è data all' arede, a condizione pertanto di non offrire la cosa peggiore. (art. 1022 † 977) Questo è il caso della l. 9. *eod. tit.* Quindi, riassumendo, se si tratta di decidere se una disposizione oscura debba avere o no un effetto, allora si applicherà la massima, *voluntates testantium plenius interpetrandae sunt*, e la disposizione sarà intesa in preferenza nel senso in cui possa essa avere effetto. Ma se la quistione è soltanto del più o meno di ciò che può esser dovuto in forza della disposizione, allora è il caso di applicare la regola, *quod minimum est debetur*, ed il dubbio s' interpetrerà in favore dell' erede.

Quid, se lo stesso legato si è più volte reiterato in favor della stessa persona, potrà questa pretenderlo altrettante volte per quante è scritto? Primieramente se si tratta d' uno stesso corpo designato, la negativa non è dubbia. Ma se è una quantità, la quistione diventa più difficile. Se poss' indovinare l' intenzione del testatore, bisogna conformarcisi. Nel caso contrario i Romani distinguevano. Se la ripetizione era nello stesso atto, essi presumevano che si fosse fatta per isbaglio; ed in questo caso il legatario non poteva reclamare il secondo legato se non pruovando che tale fosse stata la intenzione del testatore. (l.

per oggetto di gratificare un individuo, ed allora vengono indicate più particolarmente sotto il nome di *legati*; o finalmente il testatore ha voluto provvedere egli stesso all' esecuzione del suo testamento coll' indicare una o più persone incaricate di vegliarvi.

Non pare che sia necessario di fermarsi sulle disposizioni della prima specie; basta sapere, ch' esse debbono essere eseguite fedelmente da colui che ne è incaricato, quando non siano fisicamente o moralmente impossibili. Noi non tratteremo particolarmente dunque che delle due ultime specie.

34, §. §. 1 e 3 *de legatis* 1.) Ma se la ripetizione avea luogo in due atti diversi, per es. in un testamento ed in un codicillo, essi accordavano entrambi i legati al legatario, *a meno che l' erede non provasse l' intenzione contraria del testatore.* (l. 12 ff. *de probationibus.*) Per quanto io rispetti le decisioni delle leggi romane, a me sembra pertanto che se il secondo legato dovess' essere annullato in uno de' due casi, è precisamente nel senso contrario che avrebbe dovuto decidersi. In fatti, quando il testatore lega la stessa somma alla stessa persona in due atti diversi si potrebbe a rigore supporre, che non avendo presente il primo atto, ne abbia obbliato le disposizioni, e che per conseguenza i due legati non ne fanno che uno nella sua intenzione. Non può presumersi lo stesso, quando le due disposizioni sono esistenti nell' atto stesso. Egli è così facile al testatore di verificare ciò che contiene il testamento che ha tra le mani in tal momento istesso, che non può supporsi in lui nè obblio nè inavvertenza: ma lasciando da banda queste distinzioni che mi sembrano più sottili che solide, io penso che in tutti i casi il legatario, avendo per lui l' espressione della volontà del testatore può reclamare i due legati a meno che l' erede non pruovi la contraria intenzione del disponente. Tale sembra esser pure la decisione della citata legge 2, ff. *de probationibus* (a).

(a) *Anche qui* Toullier *opina diversamente, l. c. n.* 643. *Se io dopo aver legato il fondo corneliano a Tizio in un primo testamento, gli fo nel secondo un legato di cento scudi, il primo legato è tacitamente rivocato, perchè vi è contrarietà tra questi due legati, ed è l' ultima volontà del testatore quella che deesi eseguire. Si potrebbe dire che non vi sia contrarietà in questi due legati, che possono sussistere tutti e due, perchè il testatore potea legare ed il fondo corneliano e li cento scudi a Tizio; ma non si presume, dice il dotto autore, che il disponente abbia voluto fare cumulativamente i due legati, quando non l' abbia spiegato: si presume piuttosto aver egli voluto che il secondo rimpiazzasse il primo.* Si pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademptum prius legatum; sed verius est ademptum esse. Novissima enim voluntas servatur, *l.* 6, §. 2. *ff.* de adimendis legatis.

§. I.

Dei legati in generale.

Si denomina generalmente *legato* qualunque donazione fatta per testamento (a). Del resto è indifferente, come lo abbiamo detto, che il testatore si serva del vocabolo di *legato*, d' *instituzione d' erede*, o di qualunque altra denominazione. 1002 928

Queste disposizioni possono comprendere la totalità della porzione disponibile, od una parte aliquota della medesima (240), od un oggetto particolare.

929 Nel primo caso, essi si denominano *legati universali*; 1003

964 Nel secondo, *legati a titolo universale* (241); 1010

Nel terzo, *legati particolari* (242).

Ciascuna di queste specie ha le sue regole proprie: ma prima di esporle, giova il far conoscere i principj che sono ad esse comuni.

Il legato in generale è puro e semplice, fatto a termine, o condizionale.

È puro e semplice, ogni qual volta il testatore non ha apposto nè termine nè condizione all'adempimento della sua disposizione: questo legato dà al legatario (243),

---

(240) Come là metà, il terzo, il quarto.

(241) Vi esistono ancora altre disposizioni che il Codice ha collocate nella classe de' legati a titolo universale. *Vedete* qui appresso al §. 3.

(242) Vi è ancora una sorta di disposizioni che ha per oggetto di gratificare un individuo, e che pertanto non è posta nel numero dei legati: essa è quella che debb' essere eseguita dagli eredi o legatarii sui loro proprii beni, e come peso del legato, o della eredità, *puta*: Io dono la mia casa a Pietro col peso di dar 3000 franchi a Paolo. Li 3000 franchi debbon esser pagati sui beni personali di Pietro, e non su quelli del testatore. Queste sorta di disposizioni chiamavansi presso i Romani riguardo a colui che n' era l' oggetto, *mortis causa capiones*. Esse erano definite: *Quod ab eo qui aliquid commodi sentit ex judicio defuncti, alii, conditionis implendae causa dari debet.* Vedete per quel che tali disposizioni han rapporto con quelle del dritto francese la susseguente nota 247 p. 194.

(243) *Ipso jure*, ed anche senza ch' egli lo sappia. Avviene in

(a) Legatum est, *disse Giustiniano lib. 2. tit. 20 §. 2* donatio quaedam, a defuncto relicta, ab herede praestanda.

purchè però sopravviva al testatore, dal giorno della morte di quest' ultimo, un dritto sulla cosa legata (244): dritto trasmissibile ai suoi eredi, od aventi causa da es-
1014 so, s' egli viene a morire prima d'esserne stato messo in
968 possesso.

Il legato è a termine, quando il testatore ha stabilito un termine entro il quale la sua disposizione debba essere eseguita. L' effetto di questo legato è il medesimo che quello del legato puro e semplice, quanto al dritto del legatario sulla cosa, e alla trasmissione ai suoi eredi. L' unica differenza si è, che egli non può esigerne il rilascio se non che alla scadenza del termine stabilito (245).

---

ciò come nel possesso in materia di successioni: però con questa differenza, che l' erede è investito nel tempo stesso e della proprietà e del possesso; mentre che il legatario il più sovente non è investito che della proprietà.

Io dico *il più sovente*, perchè quando il legato è universale, e che non vi sono legittimarii, il legatario è investito ancora del possesso.

(244) Bisogna nulladimeno distinguere: se il legato è d' un corpo certo e determinato, il legatario acquista il *jus in re* in tutta la sua estensione, vale a dire la proprietà ed il dritto di rivendicar la cosa, salva l' esecuzione degli atti stipulati in buona fede coll' erede, nel caso, per esempio, in cui il testamento non fosse stato conosciuto, e salva l' esecuzione risultante dall' art. 2280 † 2186. Ma se la cosa legata è di una quantità, come una somma di danaro, o d' una cosa indeterminata, allora il legatario acquista il *jus in re*, nel senso, primieramente, ch' egli può domandare la separazione de' patrimonii, e secondariamente, ch' egli ha per sicurezza del suo legato una ipoteca privilegiata giusta gli art. 1017 † 971, e 2111 † 2112; ma del resto è chiaro ch' egli non può avere l' azione di rivindica (*a*).

(245) Il termine, in latino *dies*, si divide in *dies certus e dies incertus*. Il giorno è *certo* quando il termine dee certamente arrivare, e ad una epoca certa e conosciuta; per es. *Io dono e lego tale somma o tale cosa da pagarsi o consegnarsi in tal giorno, o sei mesi, un anno dopo la mia morte.* Il termine è *incerto*, quando dee certamente arrivare, ma in un' epoca incerta, o ignota, come *io dono e lego, quando Pietro morirà.* Presso i Romani il termine incerto si egua-

(*a*) *Il legato di una somma di danaro non può essere soddisfatto, malgrado il legatario; colla cessione di un contratto di rendita producente una rendita uguale all' interesse annuale di questa somma, ancorchè il legatario sia un ospizio, o una università di poveri o uno stabilimento di pubblica beneficenza — Corte di Cass. franc. 8 frutt. an. 13. — Sirey, 7. 1, 1083.*

Quanto al legato condizionale, bisogna distinguere: S' esso è veramente condizionale, vale a dire se la disposizione è tale che apparisca essere stata intenzione del testatore che la medesima non avesse effetto che in quanto l' avvenimento fosse verificato (246), il dritto del legatario non può nascere prima dell' avveramento della condizione (247).

---

gliava ad una condizione ne' testamenti: *dies incertus conditionem faciebat*. Sarebbe lo stesso nel nostro dritto? Noi l' esamineremo nella seguente nota 247 parlando delle condizioni.

(246) O non si verificasse. Per es. *Io dono e lego mille scudi a Pietro se la tale nave arriva o non arriva dalle Indie.*

Nota. Evvi nelle opere di Ricard un particolare trattato *delle Disposizioni condizionali*. V. nel Tom. 6 il Titolo *delle obbligazioni in generale* quando la condizione si reputi avverata o mancata, ed ivi le note 97 e seguenti.

(247) Riflettete che sino a questo avveramento l' erede è proprietario della cosa legata; esso guadagna i frutti; se la cosa è *in causa usucapionis*, la prescrizione continua nella sua persona e profitta anche al legatario, se la condizione viene a verificarsi. L' erede può alienare la cosa, ipotecarla; ma le alienazioni e le ipoteche sono risolute di pieno dritto se il legatario è capace di ricevere il legato all' istante dell' adempimento della condizione, e s' egli effettivamente l' accetta; ed anche *pendente conditione*, il legatario ha dritto di fare tutti gli atti conservativi necessarii.

Se il legato condizionale o a termine sia di una somma di danaro, e non vi siano immobili nella successione sui quali prendere iscrizione, può il legatario esigere una cauzione dagli eredi o dai legatarii a titolo universale? Si è giudicata la negativa in Nimes il 22 aprile 1812 (Sirey, 1813, 2. par. p. 220). Ma mi sembra difficile l' ammettere questa decisione ch' è contraria egualmente all' opinione di Molineo sull' art. 9 della Costumanza di Parigi n. 7 e 8, e di Ricard, *delle Disposiz. condizionali* n. 185; ed in fatti non può presumersi che il testatore il quale lascia una pingue eredità abbia inteso subordinare l' esecuzione della sua volontà alla solvibilità o insolvibilità del suo erede. Era questa pure la dottrina delle romane leggi, nel Titolo delle Pandette *Ut legator, seu fideicom. serv. causa caveatur*. E la legge 1, §. 2, di questo Titolo ne dà la ragione: *nec sine ratione hoc Praetori visum est, sicut heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti; sed aut satis dabitur eis, aut si satis non detur, in possessionem bonorum venire Praetor voluit*. Io penso dunque che il legatario può esigere o una cauzione, o l' impiego d' una sufficiente somma per assicurare la prestazione del legato. D' altronde non può egli domandare la separazione de' patrimonii, e non acquista egli con ciò il dritto di prendere tutte le necessarie misure per impedire la confusione de' beni della successione con quei dell' erede? Veggasi questa quistione lungamente trattata dal Sirey, 1819, 2. par. p. 77.

Quid, se la condizione sia di non fare? Bisogna distinguere. Se il testatore ha fissato un'epoca prima della quale ha egli proibito di fare, come in questo legato: *Io dono a Pietro s' egli non va in Roma da ora sino alla sua età maggiore*; la disposizione è realmente condizionale, e Pietro non raccoglierà il legato se non quando sarà giunto alla sua maggiore età senz' essere stato in Roma. *Quid* s' egli muore in età minore? Egli è certo che la condizione è adempiuta. Ma il legato non è egli caducato? La ragion di dubitare si è che la condizione non essendosi avverata che per la morte del legatario, può dirsi ch' egli non sia sopravvivuto all' adempimento della condizione. Ciò non ostante io penso che il legato sia valido, e debb' essere soddisfatto agli eredi del legatario; poichè, come dice Vinnio sul §. 35, *Inst. de legatis*: *Moriendi momentum vitae attribuitur*, *quoniam viventes morimur*. (V. le leggi 4, §. 1, ff. *Quando dies legat.*; e 79, ff. *de cond, et demonstr.*)

Ma se non vi è fissata l' epoca per l' adempimento della condizione, per es., *io dono a Pietro s' egli non va in Roma*, non è, per stretto dritto, che alla morte di Pietro reso certo l' avveramento della condizione. Egli dunque non potrebbe in tempo di sua vita domandare il legato; e se questo si trovasse esser di uno usufrutto, avverrebbe che il suo dritto si aprirebbe e si estingnerebbe nello stesso momento. Era per prevenir questi inconvenienti che i Romani aveano immaginata la cauzione Muciana, per mezzo della quale il legatario poteva domandare il legato immediatamente, dando cauzione di restituirlo s' egli non adempiva alla condizione prescrittagli. I romani giureconsulti avevan pensato non potersi supporre nel testatore l' intenzione da un lato di dare ad un individuo una parte de' suoi beni, e dall' altro di privarlo durante tutta la vita del godimento della cosa legata. Essi avean dunque deciso che in questo caso la condizione sarebbe riguardata come un peso.

Queste disposizioni sono troppo ragionevoli per non applicarsi nel nostro dritto. E Ricard, *delle Dispos. cond.* n. 305, pensa con ragione, che sarebbe lo stesso nel caso della condizione la quale consistesse in una continuazione di atti che dovessero durare sino alla morte del legatario, come, *s' egli fa la tal cosa in ogni giorno*, o *in tutti i mesi della sua vita.*

Ma riflettete che i Romani non ammettevano la cauzione Muciana se non quando non era possibile che la condizione si avverasse vivente il legatario. Se vi era una sola vicenda nella quale essa potesse adempirsi prima della sua morte, allora il legato rientrava nella classe delle disposizioni veramente condizionali (a); non poteva dunque pretendersi che dopo l' adempimento effettivo della condizione, e quando il legatario fosse sopravvissuto a quest' adempimento. (LL. 77, §. 2, e 101, §.

(a) *Questa regola non era sempre vera; imperocchè i giureconsulti nell' esemplificare i casi ne' quali avea luogo la cauzione muciana, così detta da Q. Muzio Scevola che inventolla, ne proposero di quelli nei quali la condizione* di non fare *poteva verificarsi anche in vita dell' onorato, e così si vedono i giureconsulti in contraddizione fra di loro, ed anche con se medesimi*; l. 4 §. 1 ff. de cond. instit.; l. 7, 67, 72, e 101 ff. de cond, et demonst.

3 ff. *de cond. et demonstr.*) Essi eccettuavano per tanto il caso in cui il fatto che avrebbe potuto dar luogo all' avveramento della condizione durante la vita del legatario, fosse del numero di quelli che chiamavansi *ominosa*. La legge 72, *cod.* ce ne somministra un esempio. Erasi fatto un legato ad una madre, a condizione ch' essa non abbandonerebbe mai i suoi figli. La condizione poteva a rigore avverarsi durante la di lei vita per la precedente morte di tutti i suoi figli. Per conseguenza, *stricto jure*, non doveva esservi luogo alla cauzione Muciana. Ma atteso che non si poteva supporre che il testatore avesse preveduto un così luttuoso avvenimento, l' Imperadore decise che la madre sarebbe ammessa a dar cauzione.

Quid, se la condizione è di fare, e che il testatore l' abbia adempito in vita? Le leggi romane decidevano in questo caso che il legato era nullo (l. 72, §. 7, ff. *de cond. et demonstr.*). A me sembra che sarebbe stato più giusto il decidere che la condizione essendo diventata impossibile doveva essere riputata come non iscritta.

Avviene qualche volta che il termine è congiunto alla condizione, come in questa disposizione: *Se Tizio non ha figli da qui a cinque anni, allora io dono e lego mille a Sejo*: Tizio muore nel secondo anno. La legge 4, §. 1 *eod.* decide che il legato ha cessato di essere condizionale; ma che il termine sussiste sempre, a cagion della parola *allora*, e quindi non potrà èsser esatto prima dello spirar del quinto anno. Sarebbe altrimenti, se la condizione fosse potestativa, perchè allora il termine si presume apposto in favore del legatario, a meno che non si pruovi il contrario. (LL. 3, §. 14, ff. *de statu liber.*, e 41, §. 1, ff. *de manum. testam.* Del pari, se la parola *allora* non fosse aggiunta, il termine in questo caso si considererebba apposto alla condizione soltanto, e non alla disposizione; e nella di sopra citata specie, il legato sarebbe esigibile immediatamente dopo la morte di Tizio, in conformità dell' art. 1177 † 1130. (V. nel Tom. 6. la nota 103 al Titolo *de' contratti in generale*).

Quid di ciò che i Romani chiamavano *dies incertus*? Ess' intendevano con ciò, come l'abbiam detto, un avvenimento la di cui epoca fosse incerta, quand' anche fosse stata di natura ad arrivar certamente, come quella della morte di una persona diversa dal legatario, sia che fosse l'erede sia che fosse un terzo. Il principio generale presso di essi era che *dies incertus conditionem in testamento faciebat* (l. 75, ff. *de condit. et demonstr.*), e per conseguenza se il legatario moriva prima che l' avvenimento fosse giunto, la disposizione era caduca. Presso di noi, secondo gli art. 1040 e 1041 † 995 e 996, questa sarebbe una quistione di fatto che dipenderebbe interamente dalla presunta intenzione del testatore. Ma io penso che, a meno che non risultasse avidentemente dai termini di cui si è servito, ch' egli non ha voluto legare se non nel caso in cui il legatario sopravvivesse alla persona indicata, dovrebbe generalmente riguardarsi piuttosto come un termine che come una condizione. E ciò mi sembra ancora doversi ammettere maggiormente, per la ragione che se la clausola, *cum morietur heres*, fosse riguardata come una condizione, essa potrebbe importare la nullità della disposizione, perchè vi si potrebbe vedere un peso di conservare e di rendere. (art. 896 † 941.) Ora, *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*.

Ma in tutti casi in cui fosse apposto l' evento della morte di un

terzo, sia come termine, sia come condizione, la morte civile di questo terzo darebb' essa luogo ad esigere il legato? Io nol penso per la ragione che nel linguaggio dell'uomo la parola *morte*, come l'abbiam già fatto osservare, s'intende sempre della morte naturale. (RICARD, *delle Disposiz. cond.* n. 344).

Noi abbiam detto che riguardavasi come *dies incertus* il caso della morte d'una persona *diversa dal legatario*, perchè il caso della morte del legatario era anche presso i Romani riguardato sempre come un termine, e non come una condizione: la ragione della differenza col caso della morte di un terzo si è che può accader che la morte di costui avvenga dopo quella del legatario, il che non può aver luogo riguardo alla morte del legatario. Il momento della morte, come l'abbiamo osservato qui sopra, è sempre riguardato come facendo parte della vita: *momentum mortis vitae tribuitur*. Egli è dunque certo che l'avvenimento, *quando il legatario morirà*, accaderà durante la sua vita. Esso è dunque soltanto un termine il di cui effetto è che il legato non è esigibile che dopo la sua morte. Ma ciò non è contrario a quello che abbiam detto più sopra relativamente alla cauzione Muciana, di non potersi cioè presumere nel testatore l'intenzione di privare il legatario, durante tutta la sua vita, della somma o della cosa legata? Ora fa d'uopo rispondere con RICARD (*ibid.* n. 306) che per verità su questa presunzione è fondata la cauzione Muciana, perchè effettivamente è ragionevole di ammettere questa presunzione, quando nulla annuncia una contraria volontà del testatore. Ma qui questa volontà contraria esiste. Facendo il legato con questa clausola, *quando il legatario morrà*, il testatore ha chiaramente manifestata l'espressa intenzione ch'esso non fosse soddisfatto se non dopo la sua morte. Ora è una massima che ogni presunzione dee cedere alla verità.

Osservate 1.° che se l'incertezza dell'epoca risulta non dal tenore della disposizione, ma dalla sua natura, *extrinsecus*, come dice la legge 99, ff. *de cond. et demonstr.*, la disposizione non si reputa condizionale. Esempio: *Io dono e lego a Pietro le mercatanzie caricate in tal nave ch'è in viaggio*: benchè l'epoca dell'arrivo della nave sia incerta, tal disposizione non è perciò meno considerata come pura e semplice, e per conseguenza trasmessibile agli eredi del legatario, se egli venisse a morire prima che sia giunta la nave. (RICARD, *delle Disp. cond.* n. 35, e l. 6, §. 1, ff. *Quando dies legat.*) È lo stesso del legato dei frutti che saran prodotti da tal podere nell'anno che seguirà quello della morte del testatore. (L. 26 *eod.*)

2.° Che il pronome *che* forma talvolta dimostrazione, talvolta peso o condizione. Esso forma *dimostrazione*, quando si riferisce al tempo passato o al tempo presente. *Io dono a Pietro che ha fatto la tal cosa*. Applicate allora ciò ch'è detto più sotto nel fine della seguente nota. Il pronome *che* forma *peso* o *condizione* quando si riferisce al tempo futuro: *io dono a Pietro che farà la tal cosa*. Nel primo caso si può supporre nel testatore l'intenzione d'indicare più specialmente il legatario. Nel secondo caso, non glie se ne può supporre altra che quella d'imporgli un peso o una condizione; ma nel dubbio, io penso che debba esser riguardato piuttosto come un peso che come una condizione.

3.° Che acciò vi sia condizione, bisogna che la disposizione sia

subordinata ad un avvenimento incerto e futuro. Poichè se accadesse nel momento della morte del testatore, non vi sarebbe condizione, quand'anche il fatto fosse ignorato; e se il legatario morisse prima che si avesse avuta conoscenza dell'avvenimento, egli non trasmetterebbe meno il suo dritto ai suoi eredi. (l. 10, §. 1, e l. 11, ff. *de cond. et demonstr.* ed art. 1181 † 1134 del Cod. civile).

Riflettete che può avvenire che il testatore si avvalga della voce *condizione* senza che la disposizione sia perciò condizionale. Es.: *Io dono la mia casa a Pietro a condizione ch' egli darà mille scudi a Paolo.* Quest'ultima disposizione è un peso, detto nel roman dritto *modus*, e non una condizione. Vi è bene questa rassomiglianza tra il peso e la condizione, che la non esecuzione del peso, come l'inadempimento della condiziona, annulla il legato. Ma vi è questa differenza, che se vi sia semplicemente peso, il legato è dovuto dall'istante della morte del testatore, purchè il legatario gli sopravviva; e s'egli muore prima che gli sia stato consegnato, il legato passa ai suoi eredi *cum onere*. Il legatario può dunque esigere la consegna del legato prima di aver soddisfatto il peso, ma dando cauzione pel suo adempimento; ed anche coll'obbligo di restituire quel che ha ricevuto s'egli non adempia: anzi se l'oggetto legato *cum onere* è un immobile, io penso che colui a favore del quale il peso è imposto ha su questo immobile l'ipoteca legale risultante dall'art. 1017 † 971.

Nel caso di sopra proposto, se Paolo è morto prima del testatore, la disposizione fatta in suo favore è caducata. Ma in vantaggio di chi tornerà essa? Lo sarà a profitto di Pietro, o dell'erede del testatore? Bisogna applicar qui il principio, *eumdem sequi debent comoda quem sequuntur onera*. Il vantaggio della caducità dee dunque appartenere a colui che sarebbe stato obbligato a soddisfare il peso se la disposizione non si fosse caducata. Nel caso, apparterrà dunque a Pietro *jure non decrescendi*. Questa è l'opinione di Ricard, *delle Donazioni*, par. III, n. 504, fondata sulla legge 17, ff. *da legatis* 2., e sulla legge unica §. 7, Cod. *de caducis tollendis*. V. lo stesso autore nel suo trattato *delle Disp. condiz.* n. 144, a seg.

Quid, se Pietro premuore, e che Paolo sopravviva al testatore? Secondo il principio ora enunciato, *eumdem sequi debent commoda*, il peso debb'essere soddisfatto da colui che profitta della caducità della disposizione principale (detta legge *da cad. toll.* §. 4. Domat, Leg. civ. L. 4, Tit. 2, sez. 11, art. 8). Nella specie, la cosa tornerà dunque all'erede del testatore *cum onere*. Ed in fatti egli è certo che il testatore ha preferito Pietro al suo erede, ma che pe' mille scudi ha preferito Paolo a Pietro. Dunque *a fortiori* egli ha per questi mille scudi preferito Paolo al suo erede, giusta la regola: *si vinco vincentem te, a fortiori vinco te.*

Quid, se Paolo muore dopo il testatore, ma prima che il peso abbia potuto essergli soddisfatto? Paolo essendo veramente legatario, come andiamo a dimostrarlo or ora, io penso che nel caso proposto egli trasmetterà il suo dritto ai suoi eredi.

Quid, se il peso consiste in una cosa da farsi? Bisogna distinguere. Se essa è di tal natura che possa esser adempiuta da qualunque persona, colui che trae vantaggio dalla caducità della disposizione principale è tenuto ad adempirvi. Ma se sia tale da non poter essere adem-

piuta che dal legatario, per es., s' egli è un pittore, e che il peso consista nel dargli un quadro da lui dipinto, egli è chiaro che il peso non passa ad altri (l. un. §. 9, ver. *Sin vero talis*, *Cod. de cad. toll.*)

Quid, se il legato fatto con peso è trasferito ad un altro dallo stesso testatore, passa esso *cum onere*? Bisogna pure distinguere. Se veramente vi è trasferimento, come, se siasi detto: *Quel che io ho donato a Tizio, lo dono a Mevio*, esso passa *cum onere*. Ma se vi è prima adempimento o rivocazione di legato, ed in seguito disposizione della cosa a vantaggio di un altro, senza menzione di peso, com' è realmente un secondo legato il quale è fatto senz' alcun peso, il secondo legatario non vi è tenuto. Dee dirsi lo stesso della condizione (l. 95, ff. *de cond. et demonstr.*); salvo tuttavia il caso in cui il peso o la condizione *personae cohaereret*, vale a dire, fosse di tal natura da non poter essere adempiuta che dal primo legatario. Poichè allora, come abbiam detto nel paragrafo precedente, essa non passerebbe in alcun caso al secondo.

Quid, se i legati sono suscettibili ad esser ridotti per formare la legittima o pel pagamento dei debiti, debb' essere il peso ridotto nella stessa proporzione? Io penderei volentieri per l' affermativa. La disposizione di cui noi parliamo contiene realmente due legati: l' uno della casa, meno mille scudi, a Pietro; e l'altro di mille scudi a Paolo. Ciò è tanto vero, che, come abbiam ora veduto, il legato fatto a Paolo sussisterebbe, quand' anche quello di Pietro fosse caducato. Può benanche dirsi che Paolo è ancor più di Pietro legatario del testatore, poichè egli l'ha preferito a quest'ultimo. Ora, s' egli è legatario, dee soffrire la riduzione proporzionale sia per i debiti, sia per la legittima. (Ricard, *delle Disp. cond.* n. 126, ed arg. tratto dalla legge 32, §. 4, ff. *ad leg. falcid.* e dalla leg. 43 *in prino.* ff. *de condit. et demostr.*)

Quid, se il legato principale soffre una diminuzione per altra causa, *puta* per motivo di perdite sopravvenute, o di alienazioni fatte dopo il testamento? La legge 44, §. 9 ff. *de cond. et demonstr.* decide che in questo caso il peso dee scemare nella stessa proporzione. Sarebbe altrimenti se la perdita fosse avvenuta dopo la morte del testatore. Mediante tale morte il legatario è stato impossessato della cosa intiera, ed in conseguenza è diventato debitore dell' intero peso; Ora, *incendium œre alieno non exuit debitorem*. Ma egli può liberarsene ricusando il legato.

Quid, se il legatario principale è incapace di ricevere la totalità di ciò che gli è stato lasciato? *Tunc scinditur onus dandi*; ed egli non dee soddisfare che una parte del peso proporzionata a quello che egli ritiene nella disposizione principale; ed il resto sarà soddisfatto da coloro ai quali ritornerà il sopravanzo, l. 43 §. 2, ff. *de condit. et demonstr.*

Poichè Paolo è veramente legatario nel proposto caso, bisogna conchiudere ch' egli non potrà raccogliere il benefizio del peso, se non quando sia capace di ricevere dal disponente. Altrimenti sarebbe lo stesso che procurar il mezzo il più facile di eludere le disposizioni della legge relative agl' incapaci. (V. qui sopra la nota 113 p. 106). Ma s' egli è incapace, ciò che doveva essergli dato rimarrà a Pietro *jure non decrescendi*, e ciò per le stesse ragioni che ci han di sopra determinato nel caso della precedente morte di Paolo. Vi è anche una ragione dip-

più, ed è che il peso o la condizione essendo in questo caso contraria alle leggi, debb' essere riputata non scritta. Il disposto della legge 55, ff. *de cond. et demonstr.* sembra opporsi a questa opinione. Ma io non penso che la disposizione di questa legge resa nel senso delle leggi *caducarie*, sia ammessa nel nostro dritto. Quindi vediamo essersi giudicato conformemente al parere che noi emettiamo dal Parlamento di Parigi, coll'arresto dei 13 maggio 1762, riferito nell'antico Denisart, *verb. dispos. cond.* n. 21. Dee dirsi lo stesso se il terzo ricusa di accettare ciò che forma l'oggetto del peso (l. 3, ff. *de cond. instit.*)

Io penso dunque esser d'uopo tenersi al principio generale, e senz'altra eccezione che quella della contraria volontà del testatore, che in ogni qual volta in cui il terzo non raccoglie il beneficio del peso, esso va in vantaggio di colui ch'era incaricato di soddisfarlo.

Ma se Paolo raccoglie, qual'è la natura del suo dritto? Ha egli un'azione? Qual'è quest'azione? E contra di chi può egli esercitarla?

Noi vediamo dalla legge 2, Cod. *de his quae sub modo*, ec. che nell'antico dritto romano il terzo disegnato a raccogliere il peso non avea azione. Soltanto se il legatario non obbediva alla volontà del testatore, l'erede avea il dritto di ripetere la cosa legata coll'azione chiamata *condictio causa data, causa non secuta*. In seguito si diè al terzo l'azione diretta; e sarebbe lo stesso tra noi secondo l'art. 1121 † 1075. In conseguenza, nella specie, Paolo potrà agire sia contra di Pietro sia contra l'erede se Pietro non ha raccolto il legato (art. 1017 † 911). In quanto alla natura dell'azione, io penso che vi sia questa differenza, che Pietro essendo obbligato in forza del quasi-contratto risultante dall'accettazione del legato, Paolo avrà contra di lui un'azione personale senza pregiudizio dell'azione ipotecaria sulla casa legata (art. 1017); mentre che l'erede non essendo tenuto se non per l'effetto della caducità del legato principale, debb'essere assimilato al terzo detentore il quale è tenuto *propter rem ipsam*: in conseguenza, debb'egli essere ammesso a liberarsi dalla prestazione del peso, abbandonando la cosa legata.

Se il legatario ricusa di eseguire il peso può domandare la rivocazione del legato? Bisogna distinguere: Se il peso è a vantaggio di un terzo, costui non ha interesse a domandar la rivocazione del legato che tornerebbe ad utile del solo erede. Ma se il peso è a vantaggio dell'erede, io penso che costui potrà a sua scelta domandare o l'esecuzione della disposizione, o la rivocazione del legato. Il peso in questo caso è assimigliato ad una tacita condizione risolutiva: si applicherà dunque l'art. 1184 † 1137. Ciò potrebbe anche applicarsi al caso in cui il peso o l'incarico non fosse a vantaggio dell'erede, se consistesse in un fatto non apprezzabile, come sarebbe quello di sposare una certa persona.

Il legatario gravato di un peso può senza dubbio ricusare il legato, poichè lo potrebbe quand'anche il legato fosse gratuito; ma *quid*, se gli sono stati fatti due legati, uno col peso, l'altro senza, può egli accettar il secondo e rinunziare il primo? No; egli dee accettarli o rinunziarli entrambi (l. 22, ff. *de fideicomm. liber.*). Ricusando di eseguire le volontà del defunto egli si rende indegno della di lui liberalità.

Sarebbe diversamente se le due disposizioni fossero fatte con due

1040 Da ciò segue, che se muore prima di questo avveni-
995 mento, egli nulla trasmette ai suoi eredi (248).

Ma se il testatore non intese nè volle far altro che sospendere sino all' avvenimento l'esecuzione della sua disposizione (249), allora il legato è riputato puro e sem-

---

atti di diversa natura, *puta*, se gli fosse stata fatta una donazione tra vivi pura e semplice e senza peso, e che il donante abbia fatto in seguito un legato a favore dello stesso donatario, ma con peso o condizione, la rinunzia del legato non impedirebbe la sussistenza della donazione.

Quid, se il legatario è evitto nell'oggetto legatogli? Egli è libero dal peso se non l' ha soddisfatto. Altrimenti egli può chiedere la restituzione se l' adempimento del peso abbia giovato a qualchedunno, e se la restituzione può aver luogo.

Se la cosa legata con peso è un corpo certo, la proprietà passa al legatario? Si: ma è una proprietà risolvibile nel caso che non adempisse al peso impostogli. La cosa n' è talmente affetta, che se sia un immobile, questo passa collo stesso peso nelle mani di qualunque detentore, contro il quale potrà in conseguenza esercitarsi la domanda di rivindicazione, (arg. tratto dall' art. 954 † 879) salvo al detentore di offrire di soddisfar egli stesso il peso imposto, se tuttavia esso è di natura da potersi da chiunque indistintamente adempire.

Quid, se il peso non può esser soddisfatto dal legatario? Se l'impossibilità è assoluta, il peso debb' esser riputato come non scritto, (art. 900 † 816, e l. 1, Cod. *de his quae sub modo*; ec., e 92 §. 1, *de legatis* 1) *secus* se l' impossibilità è soltanto relativa alla persona del legatario (l. 4, ff. *de statu liber.*)

Se colui al quale sia stato fatto un legato con peso o sotto condizione lo ripudia in pregiudizio de' suoi creditori, possono costoro accettarlo nel loro interesse, soddisfacendo al peso o alla condizione? Bisogna distinguere: se il peso o la condizione siano tali da poter essere adempiute indistintamente da qualsivoglia persona, i creditori potranno, adempiendovi, reclamare il beneficio della disposizione. *Secus* nel caso contrario.

(248) Ed il legato è caduco. Avviene lo stesso, benchè sia vivo, s' egli fosse incapace nell' atto che la condizione si verifica.

(249) Ciò è molto difficile a discernere in pratica. Possono citarsi gli esempii seguenti di queste due specie di legati: *Io dono e lego a Pietro, se giugne all' età di venticinque anni*: il legato è condizionale e non trasmessibile. *Io dono e lego a Pietro diecimila franchi, pagabili quand' egli avrà venticinque anni*: il legato è a termine; e se Pietro muore, i suoi eredi potranno esigere il legato nell' epoca in cui egli sarebbe giunto ai venticinque anni. Nel primo caso la clausola è inerente alla sostanza stessa del legato; nel secondo essa non riguarda che l' epoca del pagamento.

Del resto, per riunire in un sol punto le clausole principali che possono modificare i legati in generale, noi diremo che la disposizione può esser condizionale, a termine, causata, remuneratoria, con peso, o con dimostrazione.

plice quanto alla trasmissione agli eredi del legatario, 1041
ed a termine, per ciò che concerne l' esigibilità. 996

Abbiam fatto conoscere bastantemente quando la disposizione debba essere riguardata come *condizionale*. In quanto alle distinzioni tra le diverse specie di condizioni, e la maniera in cui debbon essere adempiute, vedete in appresso nel vol. 6 il Titolo *de' contratti in generale*, cap. III, sez. 1.

Il *termine* è di due specie: il termine *ad quem*, vale a dire che indica l' epoca alla quale la disposizione cesserà di eseguirsi: Esempio: *Io dono e lego a Pietro mille franchi di annua pensione, sino alla sua maggiore età*. Questo termine non sospende l' esigibilità della disposizione, ma l' annulla per l' avvenire quand' esso è spirato: ed il termine *a quo*, il quale indica per contrario l' epoca in cui la cosa comincerà ad esser esigibile. Esempio: *Io dono e lego a Pietro mille franchi pagabili un anno dopo la mia morte*. Queste due specie di termini possono riscontrarsi nella stessa disposizione.

La disposizione *causata* è quella che contiene l'enunciazione di un motivo qualunque anteriore alla morte. (V. qui sopra la nota 151 p. 134.) Quando il motivo si riferisce ad un tempo posteriore alla morte, allora è messo nel numero de' pesi, presso i Romani *modus*. Vi è questa differenza che la falsità del motivo anteriore alla morte può non annullare la disposizione, come si è detto nella citata nota, i di cui principii debbon applicarsi ai legati: *Falsa causa non vitiat legatum*; mentre che la non esecuzione del peso per colpa del legatario, dà sempre luogo contra di lui ad un' azione, sia per la nullità della disposizione, sia per i danni ed interessi.

La disposizione *remuneratoria* è, come l' abbiam pur detto, quella fatta per ricompensare servizii già resi. Essa non è veramente donazione se non quando i servizii non fossero tali da produrre un' obbligazione naturale, o che il dono eccedesse l' ammontar del valore al quale potrebbero esser essi apprezzati; ed in quest' ultimo caso essa è donazione soltanto per l' eccedente.

Noi abbiam qui sopra veduto quel che si debba intendere per un *peso* aggiunto ad una disposizione.

La *dimostrazione* può cadere o sulla cosa legata, o sulla persona del legatario. Essa è, in generale, tutto quello che il testatore aggiugne per disegnare più chiaramente la cosa o la persona. Il principio generale si è, *Falsa demonstratio non vitiat legatum*; ma purchè tuttavia si possa discernere qual sia la cosa legata, o la persona che il testatore ha voluto gratificare. Poichè altrimenti egli è evidente che il legato sarebbe nullo. Così in questa disposizione: *Io dono a Pietro il mio casino di Passy che ho comprato da Giacomo*: il legato non sarebbe men valido, quand' anche in vece di essersi comprato questo casino da Giacomo, fosse pervenuto al testatore dalla eredità di Guglielmo (LL. 17, ff. *de condit. et demonstr.* e 28, ff. *de rebus dubiis*). Ma se il testatore, avendo molti casini, si esprime così: *Io lego il mio casino che ho comprato da Giacomo*, e si trova che tra i suoi casini non ve n' è alcuno ch' egli abbia comprato da Giacomo, come allora è impossibile determinare qual sia la casa di campagna ch' egli ha

In ogni caso, se i legatarj temono che la confusione del patrimonio della successione con quello dell'erede pregiudichi ai loro dritti, essi possono domandarne la separazione (*a*); ed hanno, tanto a riguardo di questa domanda,

---

voluto legare, il legato sarà nullo. Vedesi da ciò che anche in quest' ultima ipotesi il legato sarebbe valido, se non vi fosse che un solo casino nella successione. Egli è lo stesso riguardo alla persona se il testatore avendo al suo servizio da due anni un domestico chiamato *Roberto*, gli fa un legato in questi termini: *Io lego a Roberto mio domestico, che è stato al mio servizio da venti anni*; il legato è valido. Ma se essendovi molti domestici, niuno de' quali sia al suo servizio da venti anni, egli ha detto: *Io dono a colui de' miei domestici che da vent' anni mi serve*, il legato è nullo.

Evvi ancora quel che si chiama in dritto *assegnato dimostrativo*. Es.: *Io dono e lego a Pietro mille franchi da prendersi da quelli che mi sono dovuti da Paolo*. In questo caso se dal tenore del testamento nulla si rilevi che dia luogo a presumersi di aver voluto il testatore limitare il suo dono a ciò che gli è dovuto da Paolo, si presumerà che le parole *da prendersi* ec. siano state da lui aggiunte uni-

(*a*) *Eransi in Francia suscitate delle difficoltà intorno al modo d' intendere le disposizioni del Codice civile relativamente alle formalità imposte ai legatarii ed ai creditori del defunto, onde conservare il loro privilegio. Lo stesso signor Grenier esitò nella prima edizione del suo Trattato, e propose de' dubbii che abbandonò nella seconda Edizione num.* 312, *appigliandosi ad una decisione affermativa su tal quistione inserita nel Repertorio del Merlin sotto gli articoli* Privilegio di credito *sez.* 4 §. 6, *n.* 2, *e* separazione di patrimonii §. 3, *n.* 6. — *L' oggetto dell' art.* 2111 † 1997, *dicesi in essa, fu di obbligare i creditori del defunto di non poter chiedere la separazione del suo patrimonio contro i creditori ipotecarii dell'erede, se non quando ne fanno la dimanda entro sei mesi dal giorno della sua morte, ed usino la precauzione di prendere iscrizione su de' suoi beni immobili. Venne così modificato l' art.* 880 † 800 *nel senso che la facoltà accordata da tale articolo ai creditori del defunto, di dimandare la separazione di questi immobili, durasse contro ai creditori chirografarii dell' erede per tutto il tempo in cui gl' immobili rimarrebbero nelle sue mani, ma che contro i creditori ipotecarii dell' erede i quali avessero presa iscrizione sui beni dell'eredità, essa non sussisterebbe se non durante i sei mesi posteriori alla morte del defunto.*

Neppure è ora più da dubitarsi che l' art. 2111 † 1997 *non debba avere un effetto retroattivo alla sua pubblicazione. In tal guisa ha deciso con due arresti la Corte di cassazione Francese, l' uno del* 12 *gennajo* 1806, *l' altro del* 22 *settembre seguente, riportati sotto il cit. art.* Separazione di patrimonii §. 3 *n.* 7. *E tal quistione è stata ancora nello stesso modo giudicata in tesi con altro arresto della stessa Corte suprema degli* 8 *maggio* 1811, *riportata da Denevers* 1811 *pag.* 267.

quanto per la conservazione del loro privilegio, il medesimo dritto che hanno i creditori dell'eredità (250). 2111 1997

camente nell' interesse del legatario, e per facilitare il pagamento del suo legato. In conseguenza, quando nulla fosse dovuto da Paolo in tempo della morte del testatore, o che foss' egli diventato insolvibile, Pietro non ha meno il dritto di reclamare li mille franchi. Sarebbe altrimenti se si fosse detto: *Io lego a Pietro li mille franchi che mi sono dovuti da Paolo*. In questo caso l'assegnazione è limitativa. L'articolo *li* indica che il testatore non ha voluto legare che li mille franchi dovuti da Paolo; e se questi nulla deve, il legato è nullo. Se Paolo è insolvibile, l'erede è liberato cedendo al legatario le azioni che può avere cuntra il debitore. (L. 75, §. 2, ff. *de Legatis*, 1.°)

Il principio *falsa demonstratio non vitiat legatum* si applica pure al caso in cui la falsa dimostrazione cade sulla persona del legatario; se questa persona è certa ed esistente, in qualunque maniera che il testatore l'abbia disegnata, il legato è valido. (l. 4, Cod. *de testam.*). Ciò non ostante se la persona del legatario fosse stata disegnata con una falsa qualità, e che possa presumersi che sia stata questa qualità creduta vera dal testatore quella che l'ha determinata a così disporre, il legato sarà nullo. (LL. 4, Cod. *de hered. inst.* e 5, Cod. *de Testam.* (a).

(250) Applicate quel che si è detto all'antecedente Titolo nelle note 366 e 367 Tom. 4. p. 260; ma ben inteso che per principio generale i legatarii non vengono che dopo de' creditori. Pertanto, come questa disposizione può presentar qualche difficoltà, io credo dover qui stabilire due casi che mi sembrano proprii a far conoscere i principii secondo i quali queste quistioni debbon esser risolute.

Primo caso: Pietro legatario, Paolo creditore chirografario, e Giacomo creditore ipotecario non iscritto prima della morte, han tutti domandata la separazione de' patrimonii, e si sono tutti e tre inscritti ne' sei mesi dall' apertura della successione. In qual' ordine essi verranno? Prima Giacomo, poi Paolo, ed in terzo luogo Pietro; e ciò, qualunque sia l'ordine delle di loro inscrizioni.

La ragione di così decidersi è, che il privilegio stabilito dall'art. 2111 † 1997 non ha luogo che riguardo ai creditori dell'erede. Esso non ha dunque alcun effetto tra i creditori ed i legatarii della successione: Essi rimangon dunque tra di essi quel che erano, e conservano l'uno rispetto all' altro tutti i dritti che aveano prima. Quindi Paolo e Giacomo nella lor qualità di creditori debbono primeggiar Pietro il quale non è che legatario; e Giacomo, come ipotecario, debb' essere egualmente preferito a Paolo il quale non è che creditore chirografario. (Vedete la citata nota 366 nel vol. 4).

Secondo caso: Pietro legatario si è inscritto ne' sei mesi. Paolo e

(a) *La regola* falsa causa ec. *non ha luogo, ma conviene attenersi all' eccezione sempre che apparisca dalle circostanze che la volontà del testatore sia stata di far dipendere il legato dalla verità del fatto ch' egli dichiara; il legato allora non sussiste se il fatto è falso. Così è detto nella decisione della corte di Bruxelles, del* 10 *giugno* 1812 (Sirey, 1812, 2. *par. p.* 60).

Dai principj finora da noi stabiliti chiaramente risulta, che gli eredi del legatario non hanno dritto alla cosa legala, che quando il loro autore sia sopravvivuto al testatore, o all'avvenimento della condizione (251), secondochè il legato è puro e semplice (252) o condizionale; in mancanza di ciò, la disposizione è caduca (253). Essa tale diviene egualmente quando il legatario la ripudii validamente, o si trovi incapace di conseguirla (254).

1039
994
1040
995
1043
998

Giacomo creditori si sono inscritti dopo li sei mesi: *quid juris*? Bisogna applicar qui la distinzione da noi stabilita nella succennata nota. Se sia stata presa dai creditori dell'erede inscrizione sugl'immobili della successione, anteriormente alle inscrizioni prese da Paolo e Giacomo, come quest'ultimi sono primeggiati dai creditori dell'erede inscritti prima di essi, essi sono egualmente primeggiati da Pietro, secondo la regola: *Si vinco vincentem te*, ec. Ma se niuno de'creditori si è inscritto, io penso che bisognerà seguire quel che abbiam deciso pel primo caso; perchè, ripetiamolo ancora, gli art. 2111 e 2113 † 1997 e 1999 nulla cambiano assolutamente ai rispettivi dritti dei creditori e de' legatarii della successione tra di essi. D'altronde scorgesi dall'art. 809 † 728, che nel caso di una successione beneficiata, il legatario anche quando ha ricevuto il suo legato, può esser tenuto alla restituzione durante tre anni a favore de'creditori della successione. Maggiormente dunque non debb'esser loro preferito, quando null'ancora abbia ricevuto.

(251) Se però la condizione fosse sospensiva: poichè, s'ella fosse risolutiva, come questa condizione non impedisce l'acquisto del dritto dall'istante della morte (art. 1183 † 1136), basta che il legatario sia stato vivo e capace in quest'epoca perchè possa raccogliere e trasmettere a'suoi eredi il legato, quand'anche venisse a morire prima dell'avvenimento della condizione.

(252) O a termine. Noi abbiam visto che il legato a termine è riputato puro e semplice per quel che concerne la trasmissione agli eredi del legatario.

(253) Ciò deriva dal riputarsi sempre il legato fatto *intuitu solius legatarii*. Se dunque il legatario non più esiste o è incapace nell'epoca in cui si dà luogo al suo dritto, questo dritto divien caduco per non esservi alcuno che possa raccoglierlo. Diversamente in materia di convenzioni, perchè le parti si reputano sempre al contrario contrattare per se stesse e pe' loro eredi. Da ciò segue, che se il legato è stato fatto per es. a Tizio ed ai suoi eredi, la precedente morte di Tizio non rende caduca la disposizione, la quale passa allora agli eredi i quali sono essi stessi, in questo caso, legatarii. Dee dirsi lo stesso quando il legato si reputa fatto alla qualità, all'impiego, o alle funzioni, piuttosto che alla persona, *puta* al curato di tale parocchia, al capo di tale stabilimento: perchè il legato fosse caduco, bisognerebbe che la cura o lo stabilimento fossero soppressi nell'istante in cui si dà luogo all'apertura del dritto.

(254) Si è annullato ad Aix, il 5 giugno 1809 (*Giorn. della*

giurisp. del cod. civ. tom. XIII, pag. 241) un legato così concepito: *I miei esecutori testamentarii rimetteranno a Pietro una somma di quattordici mila franchi, per la quale io gli ho fatto conoscere le mie intenzioni*; e ciò abbenchè Pietro, che nel caso era prete, a godeva della migliore riputazione, avesse offerto di giurare ch' egli non era incaricato di rimetter la somma ad un incapace; e ch' egli avesse anche offerto di non farne l'impiego che a vista e saputa della persona che piacesse alla corte di nominare.

La corte di Aix si decise per questi motivi: perchè l'oggetto della liberalità era incerto; perchè la destinazione del legato dipendeva dalla volontà di un terzo; e che per questo riguardo la disposiziona era nulla. Ma è chiaro che tal decisione creò in questo caso un mezzo di nullità che non ha alcun fondamento nella legge. Non vi esiste nel Codice un solo articolo donde possa dedursi che il legislatore abbia inteso abrogare l'antica legislazione romana e francese che convalidava i legati, ed anche le instituzioni fatte a vantaggio d'incerte persone. Questa verità è stata così ben riconosciuta dalla stessa corte, che per giustificare la sua assertiva è stata obbligata di ricorrere ad una frase del rapporto del Tribunato sul Titolo *delle donazioni*, *e de' testamenti*, nel quale dicesi che *in materia di disposizioni di beni non possono esservi altri dritti che quelli deferiti dalle leggi*: donde il relatore conclude che *il progetto non ispiegandosi sulla facoltà di scegliere*, *il silenzio della legge bastava per avvertire di non poter più essere tal facoltà conferita* (a).

Niuno più di me rende giustizia ai talenti ed alla sagacità dell'autore del rapporto di cui si tratta: ma ciò non ostante non posso dispensarmi dal far osservare che l'art. 902 † 818 contiene precisamente una disposizione contraria al principio da lui stabilito. „ Qualunque persona (ivi si dice) può disporre e ricevere per donazione „ tra vivi o per testamento, eccettuate quelle che sono dalla legge „ dichiarate incapaci.

Quindi acciò una persona sia capace di ricevere non è necessario che la legge gliene dia il dritto; basta che non glie lo tolga: dunque sino a che non citerassi un articolo del Codice che proibisce di donare ad una persona incerta, io ho ragione di pretendere che queste disposizioni sono valide. Senza dubbio la facoltà di scegliere com' era nell'antico dritto non più esiste; ma ciò non è pel motivo che la persona da scegliere è incerta, sibbene perchè questa facoltà dovendo esercitarsi a volontà dell'erede incaricato di scegliere, e 'l più sovente nell'istante della sua morte, sarebbe questa una vera sostituzione che rientrerebbe nella proibizione dell'art. 896 † 941. Ma se un testatore avesse fatta una disposizione così concepita: *Io instituisco Pietro mio legatario universale*, *col peso di dividere la mia eredità con colui o coloro de' suoi figli ch' egli vorrà scegliere*; certamente io non veggo per qual motivo sarebbe possibile di annullare tale instituzione. Quindi il relatore del Tribunato ha ben potuto dire che la facoltà di

(a) *E vi conclude il savio Joubert in questi termini.* “ *Felice interdizione! Quante liti prevenute! Quanti atti immorali risparmiati ad un gran numero di quelli ch' erano interessati all'esercizio* della facoltà di scegliere „.

scegliere tal qual' esisteva anticamente erasi abrogata, senza che possa nulla concludersene relativamente alle disposizioni fatte a vantaggio d'incerte persone. D' altronde, veggonsi giornalmente de' testamenti che contengono l' ordine di rimettere una somma di danaro a tal paroco per esser distribuita ai poveri della sua parocchia, come lo giudicherà convenevole. Io non credo che siasi ancora avvisato di contrastare consimili disposizioni sul pretesto che i legatarii sono *personae incertae*, e che la destinazione del legato dipende dalla volontà d' un terzo. Intanto questa specie di legati sarebbero radicalmente nulli, se fosse vero il principio adottato dalla Corte di Aix; poichè vi è incertezza nelle persone gratificate, e facoltà di scegliere nella persona del paroco (*a*).

La corte di Aix dice in secondo luogo che l' autorizzare consimili disposizioni, sarebbe lo stesso che render illusorie tutte le leggi relative agl' incapaci, ed aprir adito ad ogni sorta di frode. Ma quella corte non teneva forse innanzi agli occhi l' art. 1116 † 1070 del Codice, il quale porta che il *dolo* e la frode *non si presume giammai*? Or, come ha ella potuto annullare una disposizione sul pretesto *che era possibile* che fosse stata fatta in frode della legge? D' altronde le incapacità erano anche più numerose nell' antico dritto, il quale ammetteva non pertanto senza veruna difficoltà disposizioni di tal sorta, salvo l' obbligo del legatario, in certi casi, d' affermare con giuramento che l' oggetto, o la somma, non era destinata a persona incapace. L' antica giurisprudenza era su tal punto invariabile, come sarà dimostrato quì appresso. Ed in fatti, cosa mai può temersi? Che si profitti di siffatte disposizioni per gratificare persone incapaci. Ma si avverta che la scelta fatta dal testatore della persona da lui dinotata per confidarle l' adempimento di una disposizione della quale non dovrà conto che alla sua propria coscienza, è una potente presunzione in favore della sua probità; che la supposizione istessa che tal persona farà della cosa legata l' impiego prescritto dal testatore, quando anche fosse in favore di un incapace, è una prova d' esser essa riguardata come persona di coscienza scrupolosa, e sulla di cui fedeltà puossi riposare. Ciò posto, si può mai credere che un tal' uomo andrà a spergiurare in presenza della giustizia, unicamente nella mira di convalidare una disposizione dalla quale non dee ritrarre alcun profitto?

Finalmente, non trasandiamo quest' ultima considerazione la quale sotto il rapporto della morale, anzi della umanità, è della più alta importanza. Accade sovente che negli ultimi periodi della vita il rimorso comanda ad un moribondo talune disposizioni che la legge civile

(*a*) *Anzi può aggiungersi che nel Bullettino delle leggi dell'anno* 1815 *pag.* 180 *evvi un'Ordinanza del Re del* 1. *gennaio che autorizza l' accettazione del legato fatto dal signor Berreghier di duemila fr. ai poveri di S. Sulpizio di Parigi*, *e del* suo *guardaroba* alle persone *che sarebbero indicate dal* curato di detta parocchia. *Ma è questa consimile alla specie decisa dalla corte di Aix? Quando si dona* ai *poveri*, *bisogna che vi sia certamente qualcheduno che li disegni*, *e può lasciarsi quest' incarico al Curato come a chiunque altro. Un tal legato è valido*, *nè ha nulla contro i principii. Vedremo nella seconda contro-nota quel che può dirsi sull' altro.*

istessa prescrive, ma che l'amore della propria riputazione e di quella de' suoi gli proibisce di manifestare. *Se si obbliga taluno*, dice l'annotatore di Ricard, *di consegnare la propria turpitudine nel suo testamento, quanti ve ne saranno i quali, mancando del coraggio d'immolare la loro riputazione, preferiranno di morire ingiusti anzi che disonorati?* Lo stesso inconveniente avrebbe luogo se il testatore sapesse che il depositario da lui scelto potrà esser obbligato a svelare il suo segreto. Io vado più innanzi. Supponiamo che un moribondo si creda obbligato a fare una restituzione: egli consegna di propria mano la somma, o l'oggetto da restituirsi, al sacerdote che l'assiste ne' suoi ultimi istanti. Gli eredi hanno sentore di tal deposito, e deferiscono al depositario il giuramento. Questi dichiara che una tal cosa gli è stata effettivamente rimessa dal defunto con ordine di farne un uso convenuto, ma riguardo al quale egli è tenuto a serbare il segreto. Nel sistema della Corte di Aix, il depositario debb' esser condannato alla restituzione; giacchè si comprende che in simile materia il modo adoperato dal disponente non è di alcuna importanza, e che i mezzi sono gli stessi nell'uno e nell'altro caso. Io lascio ora giudicare se un tal sistema è ammessibile. Fu giudicato in Bordeaux a tenore di questa dottrina con arresto del 19 agosto 1814 (Sirey, 1815, 2. par. p. 7.)

Nota. Si ricorse in cassazione contra l'arresto di Aix, ed il ricorso fu rigettato il 12 agosto 1811. (*Giorn. della Giurispr. del cod. civ.*, tom. 18, pag. 260). I motivi dell'arresto della Cassazione essendo gli stessi che quelli assegnati dalla Corte di Aix, io non entrerò su tal riguardo in una nuova discussione; non posso però astenermi dal rilevare quel *considerando* dell'arresto ov'è detto, che la corte di appello ha potuto sentenziare la nullità della disposizione come fatta ad una persona incerta, e lasciata alla volontà di un terzo, e ciò senza violare alcuna legge, *anzi conformandosi al voto di tutte le legislazioni che si sono succedute, massime dell'attuale* (a).

(a) *Anche in questo caso* Toullier *pensa diversamente dal nostro Autore. Egli dopo avere stabilito che non potendo il testatore far dipendere le sue disposizioni dalla volontà d'un terzo, e che quindi l'art. 62 e seguenti dell'Ordinanza del 1735 dovendo considerarsi abrogato tanto pel silenzio del Codice che per la ragione che conteneva disposizioni contrarie alla natura de' testamenti, conclude da tali principii che ,, se un testatore ordinasse di consegnarsi una somma a terza persona per essere impiegata secondo le intenzioni che le ha fatte conoscere, questo legato è nullo come quello in realtà abbandonato alla volontà del terzo che non è legatario, e che da niun civile legame vien obbligato ad eseguire le intenzioni del testatore. Inutilmente questo terzo per quanto fosse rispettabile offrirebbe di nominare la persona che dee profittar del legato, onde provare che non ne sia incapace: quest' offerta sarebbe rigettata, e non impedirebbe la decisione della nullità, come giudicò la Corte di cassazione coll' arresto del 12 agosto 1811, locchè è conforme agli antichi principii:* Illa institutio quoso Titius voluerit ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis costanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio, *l.* 32 *ff.* de hered. instit. (*V. nel* Dritto civile francese *del*

io son portato a pensare che l'estensore del *Giornale* da cui ho tratto questa decisione, ne abbia mal copiato i motivi. In effetti egli è difficile, per non dire impossibile, il pensare che la Corte di cassazione abbia potuto dire, essere l'arresto di Aix uniforme al voto di tutte le legislazioni che sononsi succedute, mentre, come l'abbiamo precedentemente annunziato e come l'andremo a dimostrare, la contraria dottrina esiste invariabile da tredici secoli.

Fu Giustiniano colui che nel §. 27 degli Istituti, tit. *de legatis*, definitivamente abrogò l'antica legislazione romana, la quale proibiva qualunque disposizione a pro di persone incerte. Ma dalla legge 24 Cod. *de Episcopis et Clericis*, noi vediamo che pur prima del regno di quell'imperatore i legati, ed anche le istituzioni, fatti a vantaggio de'poveri, erano validi, ancorchè, dice la legge 49 §. 1, *eod.*, *non inveniretur de quibus testator cogitaverit*; ed in tal caso l'eredità, o il legato era trasmesso all'ospizio il più povero, o, in mancanza d'ospizio, all'Economo della Cattedrale, che ne faceva ai poveri la distribuzione. Da Giustiniano sin'oggi, vale a dire, durante quasi 1300 anni, la dottrina stabilita nel §. 27 delle *Istituzioni* intorno alle persone incerte è stata costantemente seguita; e tutte le volte che avidi eredi *han domandato la nullità di siffatte disposizioni*, le loro pretese sono state rigettate, com'è facile rilevarlo dai numerosi arresti citati da Ricard, *delle Donaz.* par. 1. n.° 589 e seg., dal suo annotatore, *ibid.*, e dall'antico Denisart, v. *fideicommiss.* Aggiungete quelli che sono riportati da Catelan, lib. 1.° cap. 23; da Vedel, *ibid.* Louet, lettera L, *somm.* 5, Bronsau, Robert, ec.. In una parola, *egli è difficile di trovare un punto di giurisprudenza più costante ed invariabile.* Ed anche fra tali arresti, ve n'ha uno prezioso appunto perchè fu reso sopra una controversia perfettamente simile a quella sottoposta alla Corte di Aix. Un testatore aveva ordinato che la somma di 9000 franchi fosse consegnata al parroco di San Giacomo de'macellari in Parigi, *per farne uso, a norma di quanto gli avea egli detto in segreto.* Gli eredi domandarono che fosse annullata la disposizione; e bisogna osservare che dalla lor parte sembrava esser tutto il favore. Il testatore era stato maritato due volte; la seconda moglie gli aveva sopravvissuto. La domanda di nullità era formata dai figli del primo letto, i quali pretendevano (e ciò poteva sembrar verosimile) che fosse un tacito fedecommesso in vantaggio della loro madrigna. Pur nondimeno l'arresto sotto la data del 23 dicembre 1580 ordinò l'esecuzione del testamento sotto l'affermativa del parroco che la vedova non dovea profittare della somma legata; ed il raccoglitore di arresti, Anna Robert, osserva che tal decisione fu pronunziata in toghe rosse, come dovendo stabilire un punto di dritto d'allora in poi inconcusso.

È dunque vero, come il dicea, che siffatta dottrina fu nell'antica legislazione costantemente seguita, e che simili disposizioni sottoposte ai tribunali furono sempre mantenute senza veruna difficoltà. Veggasi nel Sirey, 1821, par. 2, p. 190, una decisione della Corte di

detto autore i num. 349, 351 e 363 *a questo Titolo e nel Trattato del Grenier la sez.* 4 *del disc. istorico*, *e'l num. VIII delle Osservaz. prelim.*

Parigi del 30 marzo 1818, che ha consecrato questa dottrina. Veggasi egualmente un' arresto della Cassazione dello stesso giorno; *ivi*, par. 1, pag. 131.

Ma bisogna badare bene che solo riguardo agli eredi mi sembrano dover essere tali disposizioni eseguite. Dapoichè se la successione fosse gravata di debiti, e la nullità della disposizione domandata dai creditori, dovrebbero essi certamente essere ascoltati; mentre, supponendo ancora che si tratti di restituzione, ch'è il caso il più favorevole, quegli cui essa è dovuta non è sempre che un creditore; e quindi, come l'osserva l'annotatore di Ricard, nota (x) al num. 598. (*delle Donazioni* par. 1.) que' creditori il di cui titolo è coguito e stabilito vanno preferiti a chi non ha in suo favore che un titolo incerto e non conosciuto.

Poichè abbiamo parlato della facoltà di eleggere e delle disposizioni fatte a pro di persone incerte, è questo il caso di esaminare in generale, se una disposizione lasciata in arbitrio di un terzo sia valida. Intorno a questo punto le leggi romane contengono delle disposizioni che sembrano tra loro contradittorie, secondo l'osserva Ricard, (*delle Donaz.* par. 1. n. 569 e seg.). Del rimanente noi ci faremo ad indicare le distinzioni stabilite dal detto autore, le quali ci pajono nella più parte dover essere ammesse, siccome quelle che uniformandosi al buon senso, all'equità, al rispetto dovuto alla volontà de'defunti, non contraddicono ad alcuna disposizione delle nostre Leggi,

1.° Ricard, n.° 572, considera come valide le disposizioni nelle quali il legato essendo d'altronde fermo, il testatore lascia all'erede, ovvero a qualunque altra persona, la facoltà di scegliere fra certe tali persone quegli che ne dovrà profittare. *Plurimum enim interest utrum in potestate ejus quem testator obligare cogitat, faciat, si velit dare, an, post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.* (L. 7, §. 1, ff. *de Reb. dubiis.*) Tal'è questa disposizione: *io lascio diecimila franchi a quello de' miei parenti che sarà disegnato dal mio erede, o da tal altra persona, o a quello de' figli della tal persona che sarà da essa destinato.* In questo caso se la persona incaricata della scelta viene a morire prima di averla fatta, il legato appartiene congiuntamente a tutte le persone fra le quali la scelta dovea aver luogo (L. 21, §. 1, ff. *de statu lib.*) È lo stesso se questa persona non vuol fare la scelta. (L. 17, §. 1, ff. *de leg.* 2).

Quid, se uno degli eligibili viene a morire prima che la scelta sia stata fatta, potrà egli essere scelto, in modo che il legato appartenga alla sua successione? L' Ordinanza de' testamenti, art. 62, decideva che i figli istessi del defunto non potevano essere scelti. E questa decisione è analoga a quella della legge 67 §. 7 ff. *de legatis* 2.° In fatti si può dire che in questo caso ciascuno degli eligibili si reputa istituito sotto la condizione, se viene scelto. Ora è massima legale, che in fatto di legato condizionale, la successione del legatario non può reclamar nulla, ammeno che non abbia egli sopravvivuto all' adempimento della condizione. Per la stessa ragione bisogna decidere, che se la persona disegnata non isceglie, il legato si dividerà solamente fra gli eligibili che siano viventi e capaci nell' epoca in cui si farà certo che la scelta non può aver luogo. (*Dicta l.* 67.)

La scelta fatta una volta è poi rivocabile? No. Il dritto dell' incaricato della scelta è estinto coll' elezione: egli non può esercitarlo

una seconda volta. Se però l'eletto non avesse accettato, si opinava che l'incaricato di scegliere poteva variare; l'elezione essendo divenuta nulla per la non accettazione dell'eletto, è lo stesso come se la scelta fosse caduta sopra persona che non ha dritto al legato; lo che non può privare la persona incaricata di scegliere del dritto di elezione.

Si possono scegliere molti eligibili? Io penso che sì; mentre, se la persona incaricata di scegliere può, non facendo scelta veruna, farli tutti concorrere, tanto più può ella dividere fra molti la propria scelta. (Despeisses, *delle Successioni*, part. 1. tit. 2. sez. 6. art. 2. n. 12).

Vi sono delle forme per la scelta? No, basta che la volontà dell'eleggente sia abbastanza ed evidentemente dichiarata.

Bisogna osservare che in tutt'i casi l'eletto trae il suo dritto dal testatore, e non dall'eleggente. Quindi non sarebbe tenuto ad imputare il legato sulla legittima che avesse dritto a pretendere sulla successione di costui: *non enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est.* (*Dicta leg.* 67 §. 1. ff. *de leg.* 2.) Se si trattasse di una disposizione universale ovvero a titolo universale, egli sarebbe solo tenuto riguardo a' creditori della successione, i quali non avrebbero alcuna azione contra l'eleggente, ammeno che non fosse egli stesso uno de' successibili. Quest'ultimo non ha alcun dritto sugli oggetti che fanno parte della disposizione, e non potrebbe per conseguenza disporre d'alcuno. Egli non fa suoi i frutti: altrimenti ciò rientrerebbe nella classe delle disposizioni a carico di conservare e di rendere, proibite dall'art. 876 + 796.

2.° Ricard, n. 573, riguarda del pari come valide le disposizioni fatte sotto condizioni dipendenti dalla volontà di un terzo, come: io *dono e lego a Pietro*, *se Paolo fa*, o *non fa la tal cosa*. Il testatore può aver avuta una ragione qualunque di subordinare la sua disposizione alla esecuzione del fatto che forma l'oggetto della condizione. (L. 68 ff. *de hered. institut.*).

3.° La disposizione è ancora valida se è concepita in modo che si possa presumere essere stata intenzione del testatore quella di lasciarla ad arbitrio di un terzo, o anche dell'erede, ma *tanquam in arbitrium boni viri*, come, se fosse detto: *si existimaverit*, *si comprobaverit*, *si justum putaverit*, poichè, dice la legge 75 ff. *de legatis* 1. *quasi viro potius bono ei commissum est*, *non in meram voluntatem heredis collatum*.

4.° Finalmente se la disposizione unicamente dipende da un atto puro e semplice della volontà dell'erede o di un terzo, *puta*, *si voluerit haeres aut Titius*. Ricard, n. 570, pensa che vi è nullità in tutti i casi. Oserei non esser interamente di questo avviso, e distinguere: la disposizione lasciata ad arbitrio dell'erede, o di qualunque altra persona incaricata di soddisfare il legato, è nulla. (Arg. tratto dall'art. 1174 + 1127). Altrimenti, quand'essa è lasciata ad arbitrio di un terzo che non ha verun interesse pecuniario onde la disposizione sia o no eseguita. Io poggio questa distinzione sulla legge 43 §. 2. ff. *de legat.* 1., che formalmente la consacra. So bene che una contraria decisione sembra incontrarsi nella legge 52 *in fine* ff. *de cond. et demonst.* Ma io riguardo quest'ultima come risentendosi alquanto delle sottigliezze romane, le quali non sono ammesse nel nostro dritto (*a*).

(*a*) *Ma non sembrano sottigliezze nè a* Pothier, *che dottamente*

In questi differenti casi, la cosa o la quantità legata resta agli eredi del testatore, od a quelli che erano incaricati della prestazione del legato (255), salvo il caso

---

Osservate 1. che in tutt' i casi non si sono mai riguardate come incerte persone quelle la di cui designazione, benchè non individuale, è per altro ristretta in un circolo assai angusto. Tale sarebbe il legato fatto ai domestici che saranno ai servigj del testatore nel giorno della sua morte. Ed è bene avvertire in occasione di simili legati i quali assai di frequente hanno luogo, che la parola *domestici* si prende in dritto in un senso molto più esteso che non nello stile ordinario, e che si applica *omnibus qui sunt in domo*, e salariati dal testatore. Quindi fu giudicato nel parlamento di Parigi, il 12 maggio 1739, che questa espressione si applicava ad un prete bibliotecario del testatore. Vedete ROUSSEAU DE LA COMBE, V. *domestique*

2. Che il legato può ancora esser caduco per altre ragioni, *puta*, *ex causa perplexa*; se per es. il testatore avendo due amici, o due parenti dello stesso nome, fa all' un di essi un legato, senza nulla aggiungere che possa servire a far distinguere colui ch' egli ha voluto gratificare. (L. 62 §. 1. ff. *de haered. instit.*) Ma per poco che ciò possa conoscersi, l'errore nella qualità, o anche nel nome, non impedirebbe che fosse valido il legato. (L. 4 Cod. *de testamentis.*)

(255) Allorchè il legato è caduco, ricade esso in profitto del legatario universale, ovvero dell' erede legittimo? Io credo che debba applicarsi il principio precedentemente da noi stabilito pel caso in cui un legato essendo fatto con incarico o peso, colui il quale è chiamato a raccogliere il beneficio dell' incarico n' è incapace, e decidere in conseguenza che nel caso della caducità di un legato, esso dee tornare a vantaggio di chi fosse stato incaricato di adempierlo, se non fosse stato caduco: *eumdemque sequuntur commoda, quem sequuntur onera.* Quindi nel caso proposto, la caducità recherà vantaggio al legatario universale

concilia dietro il Cujaccio le due leggi citate dal nostro Autore, nè a TOULLIER il quale, *l. c. n.* 348, *opina diversamente, e con ragione. Il testamento, dic' egli, dovendo essere l' atto della volontà del testatore non può costui far dipendere le sue disposizioni unicamente dalla volontà di un terzo, fosse pure il suo erede.* In alienam voluntatem conferri legalum non potest. *l.* 52 *ff.* de condit. *e ll.* 32 e 63 de hered. instit. *Quindi i legati fatti sotto la condizione se il mio erede o tal altro lo vuole sarebbero nulli, tutto che si possa legare sotto la condizione di un fatto il di cui adempimento dipende dalla volontà dell' erede. La ragione della differenza si è che nel primo caso l' erede o il terzo essendo l' assoluto padrone della disposizione, non è più questa la volontà del defunto, ma del terzo. Nell' altro caso la disposizione non dipende dalla pura volontà dell' erede; bisogna ch' egli faccia qualche cosa o che se ne astenga per compiere, o far mancare la condizione. Veggasi inoltre* POTHIER, *trattato de' testamenti, pag.* 198, 200, e 201.

della sostituzione volgare e quello dell'accrescimento (256).

Noi vedremo al Capitolo IV del presente Titolo, quando si verifichi la sostituzione volgare.

---

quand'anche l'erede fosse legittimario, mentre essendo egli l'incaricato di tutt'i legati (art. 1009 † 935), dee profittare della caducità. Così fu giudicato in Cassazione il 20 luglio 1809, (*Giorn. della giurisp. del Cod. civ.*, tom. 13, pag. 281). Bisognerebbe dirne altrettanto del legatario a titolo universale, poichè è incaricato di soddisfare i legati particolari, a cagione del suo emolumento. È questo pure il parere di Ricard, par. 3 num. 501. Il detto autore anzi giunge sino a pretendere che se un podere fu legato, e che il testatore ne distrasse alcune moggia per legarle ad altra persona, nel caso in cui quest'ultimo legato rimanesse senza effetto, quelle moggia dovrebbero appartenere al legatario del podere. Io non credo che sia questo principio di una generale applicazione; ma son d'avviso che debba dipendere la decisione dalla maniera in cui si espresse il testatore. Se, per esempio, egli disse: io dono il mio podere a Pietro, e lo incarico di trasmettere tale porzione di terreno a Paolo; allora è un legato con peso, e dietro i principj stabiliti nella precedente nota 247 pag. 194, se Paolo è morto o incapace, Pietro dee profittare della parte di territorio che gli era legata. Ma se è detto nel testamento: io dono il mio podère a Pietro, tranne tal porzione che dono a Paolo, e Paolo non raccoglie il legato, quello di Pietro non ne debb' essere aumentato, e la parte di Paolo ricade in vantaggio dell'erede o del legatario universale, se ve n'abbia. Tal sembra essere altresì l'opinione di Rousseaud de la Combe, V. *accroissement*, n. 6. (*a*).

Può accadere eziandio che la caducità del legato giovi esclusivamente all'uno de' legatarj a titolo universale, come, se quest'ultimo legato è della totalità de'beni della stessa natura di quello che è l'oggetto del legato caduco: a modo di esempio, se tal oggetto è un immobile, e che vi sia un legatario di tutti gl'immobili. Un arresto del 29 marzo 1640, inserito nel *Giornale delle udienze* ha deciso che la caducità doveva in questo caso esclusivamente giovare al legatario degl'immobili. E questa decisione è fondata sopra i principj da noi sino ad ora seguiti.

(256) " Io lego la mia casa a Pietro, se Pietro non raccogliè il legato, io la dono a Paolo ". Ecco la sostituzione volgare. " Io dono e lego la mia casa a Pietro; io dono la mia casa a Paolo ". La casa

(*a*) *Ma questi stessi legatarii sia che il testatore abbia divisa tra essi tutta la sua eredità, sia che si trovino in concorso cogli eredi legittimi o istituiti, profittano della caducità de' legati particolari, per la ragione che se non vi fosse stata caducità, essi sarebbero tenuti di soddisfarlo per contributo a termini dell' art. 1013 † 957. Ciò non ostante la corte di Bruselle nel 29 luglio 1809, decise che l'istituito, ossia il legatario di una quota parte solamente della universalità dei beni, non profitta della caducità dei legati particolari, i quali si devolvono all' erede presuntivo.* V. quel che diciamo nella seguente nota 281 dell' Autore p. 235.

Il dritto di accrescimento, generalmente parlando, è quello di riunire alla sua porzione la quota di colui quale non può o non vuole raccoglierla.

Alla sua porzione: avvegnachè il dritto di accrescimento, come lo indica lo stesso vocabolo, non ha luogo che in favore di quello che ha già raccolto o che ha dritto di raccogliere una porzione dell' oggetto riguardo al quale si esercita siffatto dritto.

Che non può o non vuole ec.: imperocchè il dritto di accrescimento ha luogo, nei casi contemplati dalla legge, qualunque sia il modo con cui venga a caducarsi il legato dell' altra porzione, sia per la premorienza del legatario, sia per la sua incapacità, sia per la sua ri-

si reputa legata per intero a ciascuno; ma se sono essi entrambi capaci di raccogliere, come non possono aver ciascuno tutta la casa, il legato si divide necessariamente tra loro, *concursu faciunt partes*, come dicono le leggi romane; e ciascuno avrà la metà della casa. Ma se uno di essi, Pietro per es., è incapace, o premorto; allora, siccome l' esercizio del suo dritto più non si oppone onde Paolo raccolga interamente il legato che gli è stato fatto, Paolo avrà egli solo l' intera casa. Ecco uno de' casi del dritto di accrescimento, o piuttosto ecco nel nostro caso un dritto di non decrescimento.

Quid, se vi ha ad un tempo legatario e sostituito, qual de' due otterrà la preferenza? Per es. in questa disposizione: " io dono e lego la mia casa a Pietro ed a Paolo; se Paolo non raccoglie il legato, gli sostituisco Giovanni ". Paolo muore prima del testatore. Pietro reclama la sua porzione per dritto di accrescimento, Giovanni la reclama per dritto di sostituzione. Quale sarà preferito? Bisogna decidere che sia Giovanni, poichè l' effetto della sostituzione volgare è quello di mettere il sostituito interamente nel luogo dell' istituito o del legatario, e di dargli la parte che avrebbe avuta se avesse raccolta l' eredità o il legato. Dunque Giovanni dee conseguire la metà della casa, e non vi sarebbe luogo al dritto d' accrescimento in favor di Pietro se non quando Paolo e Giovanni fosser amendue premorti, o incapaci di raccogliere.

Vi sarebbe peraltro un caso in cui il congiunto andrebbe preferito al sostituito, ed è quando il testatore ha sostituito a tutti i congiunti presi collettivamente; come in questo esempio: *io dono e lego la mia casa a Pietro ed a Paolo, se essi non raccolgono il legato, loro sostituisco Giacomo.* Se Pietro non raccoglie, Paolo avrà l' intera casa, e Giacomo non vi avrà dritto che quando Pietro e Paolo mancheranno entrambi (*l.* 41 *ff. de vulg. et pupil. substit.*).

Dietro la natura della sostituzione volgare si scorge che debba esser massima, non poter il sostituito concorrer giammai con l' istituito. Ma bisogna intendere, che questo concorso non può aver luogo sui medesimi oggetti: dappoichè se il legato comprende più cose, e l' istituito non l' accetti che per una parte, il sostituito può reclamare il restante.

nunzia (257).

Non si fa luogo al dritto di accrescimento (258)

---

(257) O colla sua indegnità, checchè ne dica Montvallon, il quale nel suo trattato *delle Successioni*, cap. 3 art. 2, pretende stabilire su questo punto tra l'incapacità e l'indegnità una distinzione che nel nostro dritto non sarebbe sicuramente ammessa.

(258) Vi sarebbe mai luogo al dritto di accrescimento fra due donatarii ne' casi in cui questo dritto ha luogo fra i legatari? Bisogna distinguere: non mi par dubbio che le disposizioni relative al dritto di accrescimento nei legati vanno applicate alle donazioni di beni avvenire. Queste disposizioni debbono in ogni punto, tranne la revocabilità, essere assomigliate alle disposizioni testamentarie. Se dunque una donazione di questo genere, o una istituzione per contratto è stata fatta a vantaggio di due conjugi (giacchè il caso non può accadere altrimenti), e che in morte del donante uno de' donatarii sia incapace o defunto e non lasci prole, le donazione deve appartenere interamente all'altro. In quanto alla donazione fra vivi, siccome tutti i donatarii sono irrevocabilmente investiti delle loro parti e porzioni nel momento istesso della donazione, se in tal epoca sono tutti capaci di ricevere, non può esservi luogo al dritto di accrescimento. Ma se ve ne fosse uno incapace, non veggo perchè tal diritto non avrebbe luogo a pro dell'altro. Tal'è pure l'opinione di Ricard (*delle Donaz.* par, 3, n. 477, e seg.) ,,. Questo diritto, dice l'autore al luogo citato, non ,, poggia che sulla ragione, e sulla interpretazione delle volontà dei ,, donatori, i quali avendo riunite due o più persone in un istesso ,, beneficio, come tutti i particolari che vi sono chiamati hanno la ,, volontà solidale del testatore per ciò che fu l'oggetto della di lui ,, liberalità, se alcuno ve n'ha che non vi venga, gli altri sono sur- ,, rogati in suo luogo, in virtù della presunzione di volontà del testa- ,, tore: *Concursu partes faciunt.* Appena che essi più non concorrono, ,, non v'è più divisione; e colui, o coloro che rimangono, debbono ,, avere la totalità. Or la stessa congiuntura incontrandosi nella dona- ,, zione tra vivi del pari che nei legati, ragion vuole che l'uno e ,, l'altro sieno suscettibili della stessa risoluzione ,,. La medesima decisione dee applicarsi al caso in cui uno de' donatarii, senza essere incapace, non potesse peraltro profittare della disposizione, per es. se sia morto prima di aver validamente accettato.

Ma osservate che sinora abbiam ragionato nella ipotesi, che la donazione sia di beni presenti sia di beni avvenire, è stata fatta nella forma indicata dall'art. 1044 † 999. In quanto al caso espresso nell'art. 1045 † 1000, esso non può dar luogo al dritto di accrescimento in nessuna di queste due donazioni, poichè siffatto dritto non può aver luogo che quando le due liberalità riguardano lo stesso oggetto, ed in questo caso una delle due donazioni non può essere valida senza indurre la nullità dell'altra.

L'incarico di sostituzione colpirebbe i beni percepiti in seguito del dritto di accrescimento? Es: un padre che ha tre figli incarica l'uno di essi di restituire a'suoi figli la sua parte nel disponibile. L'uno degli altri due non raccoglie. La parte che il gravato prenderà

che quando il legato di una sola e medesima cosa è stato fatto a più persone congiuntamente; e ciò si verifica in questi due casi:

---

nel disponibile, in di più di ciò che avrebbe avuto se i due fratelli fossero venuti alla successione, sarà essa compresa nella restituzione? Io penso di sì, massime dietro lo spirito attuale delle nostre sostituzioni. Si dee pensare che gravando il disponibile di restituzione, il testatore ebbe l'intenzione di venire in soccorso il più che gli fosse possibile de' suoi nipoti, e che per conseguenza se avesse preveduto l'avvenimento, non avrebbe mancato di comprendervi la parte che il gravato prenderà nella porzione di colui che non raccoglie. Questo è pure l'avviso di Ricard, *ibid.*, num. 487 e seg.

Vi era presso i Romani un dritto d'accrescimento particolare in materia di usufrutto. Allorchè un usufrutto era stato legato a due persone congiuntamente, *consensu partes faciebant*. Ma a qualunque epoca uno dei legatarii fosse venuto a mancare, la sua parte si accresceva all'altro usufruttuario, ed il proprietario nulla poteva pretendere nell'usufrutto, se non dopo la morte di tutti gli usufruttuarii. Questo dritto differiva, come si scorge, da quello che aveva luogo in materia di proprietà, poichè in questo il dritto cessava tostochè era certo che tutti i legatarii avevano raccolto; in quello di usufrutto, il dritto di accrescimento, come lo dicevamo, aveva luogo in ogni tempo. Siffatta dottrina era fondata sulla massima che il legato di usufrutto consiste nel fatto e nel godimento successivo: *ususfructus quotidie constituitur et legatur*. (L. 1. §. 3. ff. *de usufructu adcrescendo*). Ogni volta adunque che uno degli usufruttuarii viene a percepire i frutti del fondo, egli trova un altro usufruttuario che ha egual dritto di lui, e col quale è perciò tenuto di dividere. Ma dal momento in cui quest' ultimo più non esiste, o ha rinunziato ad un usufrutto, nulla più reca impaccio al godimento del primo, che prende per ciò tutti i frutti. Questo diritto avrebbe mai luogo ancora oggidì? Ciò mi sembrerebbe difficile. La legge non ha stabilito che un modo di accrescimento. Esso dee dunque esser tale che convenga tanto al legato di usufrutto, come a quello di proprietà. Ora, siccome il modo adottato dalle leggi romane in materia di usufrutto non potrebbe convenire al legato della proprietà, bisogna dire che non potrebbe esservi luogo in materia di usufrutto ad altro accrescimento all'infuori di quello che ha vigore in fatto di proprietà.

Se vi è un legatario della nuda proprietà ed un legatario dell'usufrutto dello stesso oggetto, e che il legatario dell'usufrutto non raccoglie il suo legato, a chi ricaderà l'usufrutto, all'erede ovvero al legatario della proprietà? L'usufrutto si consoliderà e si riunirà alla proprietà. In questo senso fu giudicato, e con ragione, in Parigi, il 21 aprile 1815 (Sirey, 1816, 2. par. p. 288). Tale sembra essere ancora la decisione della legge 33 ff. *usufructu* (a).

(a) *Noi parleremo nelle nostre Osservazioni a questo Titolo di tutte le distinzioni fatte dai Romani nella materia de' legati, di cui* nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior vel perplexior, *diceva Vinnio, su gl' Istituti al tit.* de legatis §. 8.

1044 / *999* — 1. Quando una cosa è stata legata a più persone mediante una sola e medesima disposizione (259) e senza essere stata assegnata la parte di ciascun collegatario (260);

---

(259) Questo è quel che i comentatori delle leggi romane chiamavano *conjuncti re et verbis*. Es: *Io dono e lego diecimila franchi a Pietro ed a Paolo.*

(260) L'indicazione delle parti impedirebbe ella sempre il dritto di accrescimento? È questa un'assai delicata quistione (*a*). Si è voluto di-

(*b*) *Anche il* Grenier *l. c. num.* 356 *seguita a sostenere come prima avea fatto l' opinione che non vi sia dritto di accrescere quando il legato sia fatto in porzioni eguali o egualmente, come nell'antica giurisprudenza, non ostante la decisione del* 19 *ottobre* 1808 *citata pure dal nostro autore, di cui ecco la specie. Il sig. Laporte nel suo testamento mistico dopo aver fatto taluni legati in favore de' figli del sig. Dubrama suo erede presuntivo, nel restante dei suoi beni istituì eredi generali ed universali le due damigelle Maria Maddalena ed Antonietta, e 'l loro germano Giovanni Plantè suoi* nipoti, *perchè godessero e disponessero a loro talento* dell' intera sua eredità, *dopo la sua morte* in porzioni eguali, *coll' obbligo di adempiere ai debiti legati ec. Antonietta Plantè morì prima del testatore, ed i due altri collegatarii si fecero immettere nel possesso di tutti i beni che componevano l' eredità. Il sig. Dubrama il quale pretendeva che il legato diventato caduco per morte di Antonietta Plantè si devolveva a lui, fece opposizione colla qualità di unico erede legittimo del sig. Laporte, ond' essere inteso nella rimozione dei sigilli, e chiese di farsi l' inventario ed il partaggio dell' eredità fra i legatarii e lui.—A* 20 *gennajo* 1805 *il tribunale di Agen pronunziò sentenza colla quale rigettando le pretensioni del sig. Dubrama, ordinò che ad istanza dei legatarii universali si togliessero i sigilli, senza la di lui chiamata, e senza fars' inventario. Sull' appello del Dubrama questa sentenza venne rivocata dalla corte reale di Agen con decisione del* 3 *marzo* 1806, *fondata principalmente sul perchè il Codice civile conservando le disposizioni dell' antico dritto ha stabilito coll' articolo* 1044 † 999, *che il dritto di accrescere abbia luogo sol quando il legato sia fatto a più persone congiuntamente, e che si reputi fatto congiuntamente allorchè il testatore non abbia fissato la parte di ciascuno de' collegatarii nella cosa legata; ma nella specie il testatore avea fissato la parte de' collegatarii prescrivendo che dividessero* in porzioni eguali; *conseguentemente non si dava luogo al dritto di accrescere;* ec. — *Contro di tal decisione si ricorse per annullamento, e non ostante una dotta discussione dell' avvocato generale sig. Daniels, che sostenne l' opinione della corte di Agen, la detta decisione fu cassata per i seguenti motivi ,, che i tre fratelli e sorelle Plantè sono con una sola e stessa disposizione instituiti eredi universali del sig. Laporte per disporre dell' intera sua eredità; che sì fatta disposizione congiuntiva non sia stata snaturata nè alterata coll' aggiunzione delle parole* per godere

2. Quando una cosa non suscettibile d'essere divisa

---

stinguere se l'indicazione delle parti esisteva nella istituzione, o soltanto nella esecuzione. Se per es. il testatore avesse detto; *io instituisco Pietra*, *Paolo*, *e Giovanni miei legatarii universali*, *ciascuno per un terzo*, In questo caso, si è detto, l'indicazione delle parti colpisce la stessa istituzione. Ciascuno de' legatarii non è istituito che per un terzo, e, checchè avvenga, non può averne dippiù. Ma se egli ha detto: *io instituisco Pietro*, *Paolo*, *e Giovanni miei legatarj universali*, *ad effetto di dividere fra loro la mia successione per eguali porzioni*, in questo caso egli li chiama tutti dal principio alla totalità della successione, e non parla di parti o di porzioni che nella esecuzione, vale a dire relativamente alla divisione che prevede dover esser fatta dopo la di lui morte. Egli non fa allora che dire ciò che dice la stessa legge. Dee dunque farsi luogo al dritto di accrescimento. Si è giudicato presso a poco nello stesso senso dalla Cassazione il 19 ottobre 1808 (Sirey, 1809, 1. par. p. 31), ed il 14 marzo 1815 (*bollet.* n. 19). Mi sembra però che il testatore avendo ne' due casi dinotato le parti che ciascuno debbe avere; le due disposizioni rientrano egualmente nel caso preveduto dall' art. 1044 † 909. In quanto al mezzo tratto dal riflettere che la divisione si sarebbe sempre fatta in questa maniera, è il caso di applicare la massima: *expressa nocent*, *non expressa non nocent.* Io penso dunque ch' egli è più semplice decidere, che tutte le volte in cui il testatore ha indicate le parti non si dà luogo al dritto di accrescimento. Ciò sembra più conforme al testo dell' art. 1044, ed all' interesse degli eredi legittimi, i quali sono in generale riguardati nel nostro dritto più favorevolmente. Questa sembra essere stata eziandio l'antica giurisprudenza, come risulta da una decisione di Parigi degli 11 luglio 1647, citata da Ricard, *ib.* n. 508. Nella specie di questa decisione, uno zio avea donato ai proprii nipoti tutti i suoi mobili, per essere divisi fra essi, come tra fratelli. L'uno de' due essendo morto prima del testatore, si giudicò che il superstite non poteva reclamare che la metà de' mobili.

Se però le circostanze fossero tali che si potesse credere il testatore aver voluto distruggere un dubbio il quale potea sorgere, anzichè in-

e disporre della detta eredità in eguali porzioni; *che questa espressione non annunzia in modo alcuno che il testatore abbia fatto porzioni*, *ed abbia assegnata una quota a ciascuno degli eredi che istituiva*; *ma per contrario*, *che istituendoli tutti suoi eredi universali*, *egli voleva che la sua successione si dividesse egualmente tra quei che profittavano della istituzione*; *dal che segue non esservi nella specie dritto di accrescere*, *ed avere*, *la decisione che ha stabilito il contrario violato l' art.* 1044 *del Codice* ,,.

A noi par giusta questa decisione contra la quale esclama il Grenier, *e che troviamo confermata nel* 18 *ottobre* 1809, *come nel* Sirey, 10. 1. 57. *L'espressione di* porzioni eguali *non indica assegnamento di porzione, come generalmente si è deciso ed in Francia e tra noi, e che riassumeremo nella solita appendice alle nostre Osservazioni su questo Titolo.*

1045 senza deterioramento (261), è stata collo stesso atto (262)
1000 donata a più persone, anche separatamente.

---

dicare le parti di ciascuno, allora la designazione delle parti potrebbe non essere un ostacolo al dritto di accrescimento. Così in questa disposizione: io *instituisco mio fratello ed i suoi figli miei legatarii universali, cioè mio fratello per una metà, ed i suoi figli per l'altra metà*, se non v' ha d' altronde alcuna presunzione che vi si opponga, si potrà supporre che il testatore ha potuto temere che non si pensasse aver egli voluto dividere la di lui eredità tra il suo fratello ed i nipoti in eguali porzioni, di maniera che il padre non avesse che una parte eguale a quella di uno de' suoi figli, e che ha voluto prevenire una lite, facendo conoscere le sue intenzioni.

Osservate che in questo caso i figli del fratello sono riputati fra loro *conjuncti re et verbis*, e *disjuncti* riguardo al loro padre. In conseguenza se uno di essi è morto prima del testatore, la sua parte riviene ai proprii fratelli e sorelle soltanto, ed il padre nulla può pretendere nella metà assegnata a' suoi figli, se non quando fossero essi tutti morti prima del testatore, ovvero incapaci di raccogliere alla sua morte la successione. Vedete la seguente nota 263 p. 220 (*a*).

(261) Quindi non basterebbe che vi fosse incomodo nella divisione, come allorchè si tratta di licitazione o di partimento. È d'uopo ancora che la divisione non possa farsi senza deteriorazione, come sarebbe nel legato di una casa. Mi è impossibile lo spiegare perchè in questo caso si esige che la cosa sia presso a poco indivisibile. Mi sembra che ciò dovrebbe applicarsi piuttosto al caso in cui la cosa è donata a due persone in virtù della stessa disposizione. In effetti, quando vi sono due disposizioni, si può dire che il tutto è stato donato a ciascuno de' legatarii. Allorchè sono essi capaci entrambi di succedere, necessariamente *concursu partes faciunt*. Ma quando l'uno non si presenta, l'altro prende allora il tutto, o piuttosto lo conserva, non per dritto di accrescimento, ma per dritto di non decrescimento. Poco dovrebbe importare, dietro ciò, che la cosa fosse o nò divisibile. Ma quando la stessa cosa è legata a due persone con la medesima disposizione, non si può dire che il tutto è stato legato a ciascuna. Dunque, quando la cosa legata è divisibile, si può presumere che il testatore ha pensato che sarebbe quella divisa; e che per conseguenza non abbia avuto in mente che di legare una porzione a ciascuno. Ma, del resto, siccome la legge è formale, non v' è luogo ad interpretazione.

(262) Sono i *conjuncti re* de' Romani. Si chiamavano ancora *disjuncti*, in opposizione ai *conjuncti re et verbis*, la congiunzione de' quali è ben più ristretta, come si vedrà nella nota seguente.

Quid, se la stessa cosa è stata legata a due persone ma con due diversi testamenti? Non vi è luogo al dritto di accrescimento, ma l' ultimo legato revoca il primo. (Art. 1036 † 991).

(*a*) *La prima regola in questi casi ce la dà il roman dritto nella l.* 12, §. 3. *ff.* de legatis 1.° In legatis novissimae scripturae valent; *ma ivi stesso si eccettua la spiega data dalla volontà del testatore*, voluntas facit quod in testamento scriptum valeat. *Veggasi in oltre* TOULLIER, *cap.* v. *art.* 11, *sotto questo tit.*

In questi due casi, come l'abbiam detto, si fa luogo al dritto di accrescimento, vale a dire che la parte di quello che non raccoglie il legato per qualsivoglia cagione, appartiene esclusivamente a colui od a coloro ai quali è stato fatto il legato congiuntamente con lui (263).

Quid, se un oggetto è prima legato per intero ad una persona, e che in seguito una parte ne sia legata ad un'altra? Si presume il primo legato diminuito della parte compresa nel secondo. (L. 23, Cod. *de legatis*.

(263) *Quid*, se havvi ad un tempo *conjunctio re et verbis*, e *conjunctio re* nel caso preveduto dall' art. 1045 † 1000, vale a dire con impossibilità o quasi impossibilità di partimento? I congiunti *re et verbis* sono preferiti fra essi ai congiunti *re*. Ma egualmente essi non contano tutti insieme che per una parte. Es.

Io dono la mia casa a Pietro;
Io dono la mia casa a Paolo;
Io dono la mia casa a Giovanni ed a Giacomo,

Se tutti i legatarii sono capaci ed accettano, il legato si divide per terzo, di cui una parte per Pietro, un'altra per Paolo, e la terza per Giovanni e Giacomo, i quali avranno un sesto per ciascuno.

Se uno è incapace o rinunzia il legato, bisogna distinguere: se egli è un congiunto *re*, la sua parte si rifonde in eguali porzioni all'altro congiunto *re*, ed ai congiunti *re et verbis*, i quali non si computano che per un capo. Quindi, nella ipotesi, se Pietro è incapace una metà della sua parte si accresce a Paolo, e l'altra metà a Giovanni ed a Giacomo, i quali avranno perciò ciascuno un quarto della casa, mentre Paolo ne avrà la metà.

Ma se l'incapace è uno de' congiunti *re et verbis*, la sua parte esclusivamente si aggiunge a chi è nello stesso modo congiunto con lui, nè i congiunti *re* hanno alcuna cosa da pretendere nelle parti di quelli che il sono *re et verbis*, se non quando costoro o mancano tutti, o sono tutti incapaci. Questa è la ragione per cui i congiunti *re* sono appellati *disjuncti*.

Se dunque Giovanni è incapace, la di lui parte aumenta soltanto quella di Giacomo. Se Giovanni e Giacomo sono tutti e due incapaci, la lor parte si accrescerà per eguali porzioni a quelle di Pietro e di Paolo.

Quid, se uno de'collegatarii è instituito puramente e semplicemente, e l'altro sotto condizione, e che il primo venga a morire dopo il testatore e quindi a mancare la condizione, gli eredi del defunto possono essi reclamare il dritto di accrescimento? Sì, poichè questo dritto facea parte del legato che gli è stato fatto e che egli ha acquistato. (L. 26 §. 1 ff. *de conditione et demonstr.*) Si può dire in questo caso che ciascuno de' legatarii è instituito per la totalità, col peso di rendere la metà all' altro, s' egli accetta il legato.

Se l'uno de' collegatarii è gravato di un peso e che venga a mancare, la sua parte si accresce *cum onere*, o *sine onere?* Presso i Romani si distingueva; fra i congiunti *re et verbis*, l'accrescimento avea luogo

Quando il legato è soggetto al rilascio (264), la do-

cum onere, ma il legatario poteva rinunziarvi. Fra i congiunti *re tantum*, l' accrescimento avea luogo a malgrado dell' altro legatario; ma altresì avea luogo *sine onere*, poichè non era un vero dritto di accrescimento, ma piuttosto, come l' abbiam detto, un dritto di non decrescimento. Non era la parte dell'incapace che si accresceva a quella del capace; era la parte del capace che non si diminuiva di quella dell' incapace. (L. *un.* §. 11 Cod. *de caduc. toll.*) Siffatte distinzioni sembrano fondate sui veri principii della materia e par che debbano in conseguenza esser ammesse, posto che il Codice tace su tal proposito.

Nota. Non debbo pertanto lasciar ignorare che Ricard, par. 3 n. 551 e seg., non adotta cotali distinzioni, avvisando che in tutti i casi, e qualunque sia la natura della congiunzione, il peso passa al collegatario. Egli poggiasi sul motivo che avendo voluto il testatore che nel caso che tutt' i legatarj concorressero, ciascuno di essi si contentasse di una parte dell' oggetto, non ha potuto avere l' intenzione che uno di essi raccogliesse la totalità, senza esser tenuto ai pesi ch' egli ha imposti all' altro collegatario. Ma mi sembra che questo ragionamento non sia esatto. Nella congiunzione *re*, il testatore è presunto aver avuto l' intenzione di lasciare la cosa intera a ciascheduno, cioè all' uno senza, all' altro col peso. In vero, come essi trovansi aver tutti un egual dritto, è mestieri che la cosa si divida, se tutti si presentano per raccogliere: *concursu faciunt partes.* Ma la divisione non ha luogo in questo caso, per effetto della volontà del testatore, ma *ex necessitate rei.* Dunque quando l' uno di essi viene a mancare non si può dire che l' altro prende la di lui porzione; ma bensì che il legato fatto non soffre dal concorso dell' altro veruna diminuzione. E ciò si significa quando dicesi che fra congiunti *re* si dà luogo non al dritto di accrescimento, ma a quello di non decrescimento. Adunque, siccome colui che raccoglie il tutto nulla prende dal lato dell' altro legatario, non si comprende come potrebbesi obbligarlo a soddisfare il peso a questo ultimo imposto.

È ben inteso però che anche fra'congiunti *re et verbis*, non passa al collegatario il peso se non quando esso non è personale, vale a dire non annesso particolarmente alla persona, come sarebbe la condizione di maritarsi, di fare un quadro o cose simili.

(264) I legati a titolo universale ed i legati particolari sono sempre soggetti al rilascio. I legati universali non già, ammeno che non vi sieno legittimarii: fuori di questo caso, il legatario n' è investito di pieno dritto.

Ma riflettete che in materia di legato principalmente bisogna distinguere due specie d' investimento; quello della proprietà, e quello del possesso. In ogni specie di legato puro e semplice, ovvero a termine, l' investimento della proprietà ha luogo di pieno dritto allorchè l' oggetto legato è un corpo certo e determinato. Il legatario è dunque, siccome l' abbiam detto, proprietario di pieno dritto dell' oggetto legato dal momento della morte. Ma l' investimento del possesso non ha luogo

manda, ove siasi fatta, debb' essere presentata al tribunale del luogo in cui la successione è aperta; e le spese di tale domanda sono a carico dell' eredità, purchè non ne risulti alcun danno o diminuzione alla riserva legale (265). I diritti di registro a' quali sono soggette tutte le disposizioni testamentarie debbono pagarsi dai legatarii; e tutto ciò se non è stato altrimenti ordinato dal testatore. Non è d'altronde necessario, che il testamento

Pr. 59 † 151

---

di dritto che nei legati universali, ed anche quando non vi sono legittimarj, come or ora il vedremo.

Qual' è la natura dell' azione del rilascio? Essa è puramente personale; giacchè non può esser diretta che contra la persona dell'erede o del legatario universale. In fatti non potendo il legato aver esecuzione che quando la validità di tutto il testamento o della particolare disposizione non è impugnata, è chiaro non poter consentire al rilascio del legato che coloro i quali hanno interesse a contrastare siffatta validità. Si citano perchè abbiano ad acconsentire a siffatta esecuzione, altrimenti la sentenza da interporsi terrà luogo di consenso. Or questa domanda per l'esecuzione del testamento altra cosa non è che l'azione pel rilascio. La quale azione non reca alcun pregiudizio alle altre che può avere il legatario da esercitare, e che variano secondo la natura dell' oggetto legato. Se è un corpo certo, il legatario, come l' abbiam detto, ha il *jus in re*, e per conseguenza (salvo il caso dell' art. 1141 † 1095), l' azione reale contra qualunque detentore dell' oggetto; azione ch' egli non può nulladimeno esercitare se non dopo che il rilascio del legato sarà stato ordinato, ovvero volontariamente consentito. Se sia una somma di danaro egli può esercitare l' azione ipotecaria pel totale del suo legato e sopra tutti e ciascuno degl' immobili della successione. (art. 1017 † 971). E s'egli ha domandato la separazione de' patrimonii la sua ipoteca è benanche privilegiata riguardo ai creditori dell' erede, salva l' iscrizione entro i sei mesi dall' apertura della successione (art. 2111 † 1997).

Osservate che quantunque l' azione pel rilascio del legato sia, come l'abbiam detto, un' azion personale, dee ciò non ostante, a' termini dell' art. 59 † 151 del Codice di procedura, esser portata innanzi al giudice del luogo dell' apertura della successione.

(265) Nel concorso di un erede legittimario e di un legatario, a carico di chi debbono andare le spese di suggello, inventario, divisione ec.? Si può dire pel legittimario, che tali spese sono occasionate dal legato universale, e che ne risulta una diminuzione della riserva legale. Ma si può rispondere che queste spese hanno luogo nell' interesse di tutte le parti, onde determinare non meno ciò che il legittimario può esigere, che quello di cui ha potuto disporre il defunto. Esse debbono dunque essere precapite dalla massa come pesi della successione; e la riserva non istabilendosi che *deducto aere alieno*, non debb' essere calcolata se non dopo il pagamento di tutti i debiti. In questo senso fu giudicato in Parigi il 1 agosto 1811 (Sirey, 1813, 2. par. p. 284).

sia registrato in totalità (266); anzi ogni di lui disposi-
1016 zione può essere separatamente registrata, senza che ciò
970 possa giovare a quelle che non lo fossero state.

Stabiliti questi principj generali, facciamo ora conoscere quelli relativi ad ogni specie di legato in particolare.

§. II.

Del legato universale.

Il legato universale è quello con cui il testatore dona
1003 ad una o a più persone (267) l'universalità dei beni dei
929 quali può disporre (*a*).

---

(266) Ma allora dal dritto dovuto sulla massa della successione bisogna dedurre il dritto percepito su di ciascun legato in particolare. Così fu giudicato in Cassazione addì 8 settembre 1808 (Sirey, 1809, 1. par. p. 142); e ciò si applica ai legati di rendita perpetua non meno che vitalizia, ma non già di usufrutto. Si veggano due decisioni della stessa corte, de'23 settembre 1811 e 17 marzo 1812 (Sirey, 1813, 1. par. p. 422 e 423).

Ai termini dell'art. 21 della legge del 23 glaciale, anno 7, i testamenti depositati presso i notari o da essi ricevuti, debbono essere registrati entro i tre mesi dalla morte del testatore, a cura degli eredi, legatarii o esecutori testamentarii, sotto pena del doppio dritto, giusta l'art. 38.

(267) Ciò richiede una distinzione. Se il testatore ha detto: *Instituisco Pietro, Paolo e Giacomo, miei legatarii universali*, questo è il caso dell'art. 1003 † 929. Essi sono veramente tutti e tre legatarii

(*a*) *Notate che non si dice la* totalità *ma* l'universalità *de' beni de' quali può disporre; ed in dritto la parola* universalità *è sempre stata intesa nel senso di una evidente preponderanza annessa al titolo di un legatario, in rapporto a quello degli altri. Perciò, riflette* Grenier *l. c. num.* 289, *può darsi la qualità di erede universale* 1. *a colui che sia chiamato solo a raccogliere la totalità della successione;* 2. *a colui il quale raccoglie tutti i beni ereditarii, eccetto le riserve dovute a taluni eredi;* 3. *a quello che concorre alla successione insieme con un legatario, non già di quota parte dell'intera eredità presa in massa, ma solo di oggetti che debbono contribuire al pagamento dei debiti e dei pesi della successione secondo il loro valore, comparativamente a quello del dippiù dell'eredità, cioè degl'immobili, dei mobili, o di una quota parte degli uni e degli altri, ma ai quali il legislatore non ha annesso il titolo di universalità in modo tanto eminente come al legato di colui che è chiamato a raccogliere in massa il resto dei beni.*

Gli effetti di questa disposizione variano secondo la qualità degli eredi legittimi.

Se il testatore lascia eredi legittimarj (268), questi

——

universali, e per conseguenza investiti dell' immediato possesso se non vi sono eredi legittimari; e se uno di essi viene a mancare, ha luogo il dritto di accrescimento. Ma s'egli ha detto: *Istituisco Pietro, Paolo e Giacomo miei legatarii universali, ciascuno per un terzo de' miei beni*; benchè essi prendano egualmente tutta la successione, pure, essendo le loro parti determinate, essi non sono che legatarii a titolo universale; non si trovano investiti in verun caso, e non può tra loro aver luogo il dritto di accrescimento.

Quid, se il testatore avesse detto: *Io lego il terzo de' miei beni a Pietro ed il rimanente a Paolo?* È chiaro che il vocabolo *rimanente* è qui sinonimo di *due terzi*, e che il testatore non ha inteso legare a Paolo se non ciò che resterebbe dedotto il terzo: son essi dunque entrambi legatarii a titolo universale, e non v'è luogo al dritto di accrescimento. (Questa decisione è letteralmente consegnata nei *Motivi*). Sarebbe altrimenti s' egli avesse detto: *Dono a Pietro il terzo de' miei beni, ed istituisco Paolo mio legatario universale*. In questo caso se Pietro non raccoglie, la di lui parte si accresce a Paolo. (Arg. tratto dall' art. 1011 † 965, il quale suppone evidentemente che può esservi ad un tempo e legato universale e legato a titolo universale). D'altronde in quest' ultimo caso il testatore ha manifestato l'intenzione di donare tutta la sua successione a Paolo, gravandolo però di legato in favore di alcune persone. Ma sempre ne risulta che se tali legati divengono caduchi, debba il lor valore riunirsi al legato universale. Nel primo caso al contrario il testatore ha determinata la parte di ciascun legatario. Non può dunque ognun di essi reclamare in tutti i casi che quella parte la quale gli è assegnata; e se un di loro viene a mancare, la sua parte spetterà agli eredi legittimi, e gli altri legatarii nulla potranno reclamarne.

Quid, se il primo legato è un legato particolare, per es. se sia detto: *Dono e lego la mia casa di campagna a Pietro, ed il rimanente di tutti i miei beni a Paolo?* M'è avviso che in questo caso Paolo è legatario universale, e che se il legato della casa è caduco, spetta a lui di profittarne. La ragione della differenza di questo caso col precedente si è, che nell'ultimo la parola *rimanente* può e dee anzi ragionevolmente interpretarsi per *li due terzi*: dunque le parti di ciascuno sono destinate; dunque non dee aver luogo il dritto di accrescimento. Nell'altro caso al contrario è chiaro che la stessa voce non può significare una quota della eredità, ma bensì l'eredità intera, meno la casa di campagna; il che forma il carattere del legato universale.

Del resto, in tutte cotali quistioni, all'intenzione del testatore conviene massimamente riferirsi, se dalle espressioni del testamento sia possibile riconoscerla.

(268) *Quid*, se non vi ha altro successibile che un figlio naturale, il legatario universale è obbligato di domandargli il rilascio? Io nol penso, quantunque il figlio naturale abbia una specie di riserva sui

eredi, per la di lui morte, sono di diritto investiti dell' immediato possesso di tutti i beni dell' eredità, non ostante qualunque disposizione universale; ed il legatario universale dee in conseguenza da essi ripetere il rilascio del legato universale (269).

1004
930

legati. Il figlio naturale è tenuto di domandare l'immissione in possesso anche quando prende tutta la successione. Il legatario è dunque in possesso prima di lui, poichè ha l' investimento di dritto.

Si dirà forse che questa ragione non è applicabile al caso in cui il testamento è olografo o mistico, poichè allora il legatario universale è tenuto egli stesso di domandare il rilascio. Io rispondo, che l'obbligo imposto in questo caso al legatario non dipende dalla natura del suo diritto, ma dalla forma del testamento, poichè non vi sarebbe tenuto se il testamento fosse per atto pubblico; mentre l' obbligo stesso, riguardo al figlio naturale, dipende dalla natura del suo diritto, essendo in tutti i casi tenuto a domandare l' immissione. È dunque certo che il dritto del legatario è legalmente più forte di quello del figlio naturale.

(269) Allorchè vi è un legittimario, il testatore potrebbe egli dispensare il legatario universale dall' obbligo di chiedere il rilascio, ed ordinare ch' egli sarà investito del possesso di pieno dritto? No: il legittimario non ha il suo diritto di riserva e d' immediato possesso che dalla legge; la volontà dell' uomo non può derogarvi.

Innanzi a qual tribunale va portata la domanda pel rilascio dei legati? Innanzi al tribunale dell' apertura della successione. (Cod. di proced. art. 59 † 151).

Quid, se i legittimarii rinunziano alla successione? È massima che l' erede il quale rinunzia si ha, riguardo alla successione, come se non esistesse. Il legatario è dunque allora di pieno dritto investito.

Quando vi sono legittimarii, e che si consente al rilascio del legato universale, dee procedersi tra essi ed il legatario ad una divisione nella forma istessa che tra' coeredi. Si è preteso che ciò era vero in quanto alla determinazione della massa ed alla formazione delle porzioni, cose che debbono aver luogo di concerto; ma che in quanto alla ripartizione appartenga al legittimario lo scegliere quella porzione ch' ei giudicasse conveniente di consegnare al legatario. Si argomenta ciò dal perchè essendo quest' ultimo tenuto di domandare il rilascio, e l' erede essendo investito di tutta la successione, questi trovasi debitore, ed in conseguenza la scelta gli appartiene. Ma tal sistema non mi sembra ammessibile per più ragioni (*a*).

(*a*) Toullier *opina diversamente* (*l. c. num.* 530, e 531). *Quando nulla vi è diversamente disposto dal testatore la scelta dee appartenere all' erede, il quale non può veramente rilasciare quei beni che gli piace al legatario, ma fatto, inteso lui, l' apprezzo e le parti de' beni così mobili che immobili, può disegnare, o rilasciare quella delle porzioni che vorrà, e conservar le altre senza tirarle a sorte. Sembra allo stesso autore doversi egualmente decidere nel caso*

L'obbligo di domandare il rilascio non pregiudica in verun modo al godimento del legatario, che ha sempre diritto ai frutti dal giorno della morte, se la domanda per il rilascio è stata fatta entro l'anno dopo tal'epoca; altrimenti questo godimento non incomincierà che dal giorno della domanda giudiziale, o da quello in

---

1.° Perchè frequentemente accaderebbe ch'esso non potrebbe aver luogo. Supponiamo in effetti che vi sieno quattro figli ed un legatario universale, ricaderà a ciascun figlio tre sedicesime parti della successione, ed al legatario quattro sedicesimi, ossia un quarto. Ora, siccome si conviene che la formazione delle porzioni dee aver luogo di accordo col legatario, è certo che solo per essersi fatta una porzione di un quarto, essa apparterrà di dritto al legatario. È lo stesso del caso in cui non v'è che un legittimario ascendente; giacchè egli non ha dritto che ad un quarto della successione, ed il legatario ai tre quarti;

2.° Perchè, siccome l'abbiamo detto, la domanda del rilascio è realmente in questo caso un'azione diretta contra l'erede onde abbia ad acconsentire all'esecuzione del testamento, anzichè una vera azione per la consegna dell'oggetto legato; giacchè altrimenti bisognerebbe pretendere che l'erede ha il diritto di formar solo le porzioni. Ora non si è giunto fino a tanto;

3.° Perchè la stessa decisione dovrebbe aver luogo nel caso in cui esistesse un erede non legittimario e quattro legatarii a titolo universale, ciascuno per un quarto, mentre sono essi tenuti di domandargli il rilascio. Ora sarebbe assurdo il pretendere che in questo caso l'erede, il quale nulla ha da reclamare nella successione, possa formar le porzioni e dare a ciascun legatario quella ch'ei giudica convenevole.

Io stimo adunque doversi ritenere per fermo, che il rilascio del legato consentito ed ordinato una volta, gli eredi ed il legatario sono interamente *loco coheredum*, e che bisogna applicare alla divisione che ha luogo tra essi tutte le regole della divisione tra coeredi.

in cui il legatario è obbligato a domandar il rilascio all'erede legittimo per la di cui presenza trovasi il legato universale ridotto. Se la sorte, dic'egli, dovesse decidere delle porzioni che appartengono a ciascuno di essi, dir non si potrebbe che il rilascio della porzione del legatario debba esser fatto dall'erede. Rapporta egli stesso le opinioni contrarie di Domat *e di* Lebrun, *ma sostiene che* ,, *i principj del Codice sono ben diversi: non è più il legittimario* ,, *obbligato ad agire contro l'erede instituito, egli è costui che dee,* ,, *non già intentar l'azione del partimento, ma domandargli il ri-* ,, *lascio del suo legato, come se fosse un legatario particolare. Se* ,, *vi bisogna un apprezzo, ciò serve per conoscere quel che ricade* ,, *all'erede instituito, se vi bisogna far i lotti, le parti, ciò è per* ,, *impedire che l'erede del sangue abusi della scelta che gli appar-* ,, *tiene: Ma fatti i lotti egli è che dee designare o rilasciare quello* ,, *che appartiene al legatario universale* ,,.

931 cui si sarà volontariamente acconsentito al rilascio (270).

Quanto ai debiti, egli n'è tenuto personalmente per la sua quota parte (271), ed ipotecariamente per lo tut-

(270) In questo caso i frutti che il legittimario ha percepiti nell' intervallo debbono essi imputarsi sulla di lui legittima onde diminuire di altrettanto la riduzione che dee sopportare il legato universale? Io non lo credo. A' termini degli art. 922 † 839 e 1090 † 1045, per calcolar la legittima ed il disponibile, non si considera il valore e la ammontare de' beni che all'epoca della morte. Da tal momento il legittimario è investito della sua riserva. In quanto ai frutti che percepisce dopo, ei ne profitta come possessore di buona fede, e perchè il silenzio serbato per sì lungo tempo dal legatario ha dovuto fargli credere che il legato era caduco. È dunque un fatto interamente estraneo alla sua legittima, e che non può diminuirne il valore. Finalmente la legge 22 §. 2. ff. *ad senat. Trebell.* decide formalmente che, se l'erede fedecommessario ha trascurato di domandare il fedecommesso, i frutti che il fiduciario ha percepiti nell' intervallo, non debbono esser imputati sul quarto, *quia*, dice la legge, *negligentia petentis, non defuncti judicio percepti videntur*. Sarebbe altrimenti nel caso, per esempio, di un legato a termine; allora i frutti percepiti dopo l'apertura sino alla scadenza del termine sono imputati, *quia ex judicio testantis percepti videntur*. (*Ibid.* e L. 15 §. 6 e 24 1 ff. *ad leg. falcid.*) (a).

(271) N' è egli tenuto riguardo ai creditori o solamente riguardo al legittimario? Ovvero in altri termini, il creditore può egli agire pel tutto contro al legittimario salvo il regresso di questi contro del legatario universale? o è tenuto a dividere la sua azione tra il legittimario ed il legatario in ragion di quello che prende ciascuno nella successione? La ragione del dubbio si trae da ciò ch' è detto nell'art. 1009 † 935, cioè, che il legatario universale concorrendo con un legittimario è tenuto dei debiti personalmente per la sua parte e porzione ed ipotecariamente pel tutto: il che sembra doversi intendere dell' azione dei creditori, giacchè non è che a loro riguardo ch'ei può esser tenuto ipotecariamente pel tutto. Io penso nulladimeno che il legittimario è tenuto di tutti i debiti, salvo il suo regresso. In effetti è innegabile ch' egli di pieno dritto ha l'immediato possesso di tutta la successione, poichè il legatario universale è tenuto di domandargli il rilascio. Ora, dal momento ch' egli ha accettato, e per effetto dell'in-

(a) *Il legatario a titolo di prelegato avendo egli pure l' immediato possesso della successione come i suoi coeredi, è ciò non ostante tenuto a domandar loro il rilascio sotto pena di perdere i frutti? Le opinioni sono divise, e sarà prudente l' erede legatario se ne forma la domanda* (*V.* Grenier *e* Toullier *ai luoghi citati*). *La Corte reale di Riom decise al 1 dicembre 1818 che il legatario anche universale che siasi trovato in possesso del suo legato nel tempo della morte del testatore, e che non avesse formato dentro l' anno la sua dimanda contro l' erede legittimo, fosse tenuto indefinitamente alla restituzione di tutti i frutti percepiti sino al giorno in cui formerebbe questa dimanda.* *V.* Sirey, 20. 2. 132.

to (272); e di più egli è obbligato a soddisfare tutti i legati (273), salvo il caso di riduzione, se vi è luogo (274). 1009 935

---

vestimento, contrae l'obbligo di pagare tutti i debiti; e quest'obbligo risultante dal quasi-contratto di adizione di eredità, non può essere alterato nè diminuito riguardo ai creditori per alcun fatto posteriore. L'erede è dunque in questo caso, *una eademque persona cum defuncto*, e come tale tenuto di tutti i suoi debiti. In quanto all'art. 1009, può esser inteso nel senso che, se il creditore vuol agire direttamente contro del legatario universale, può farlo, poichè ciò tende a prevenire un circuito di azioni, e che allora ei può intentare contro di lui l'azione personale per la sua parte e porzione soltanto, e l'ipotecaria pel tutto.

Risulta dal sin qui detto che il legittimario non dee contentarsi di pretendere la sua legittima e di abbandonare il rimanente al legatario universale, incaricandolo di pagare i debiti; giacchè se questi divenisse insolvibile egli si troverebbe esposto alle azioni de' creditori, salvo il suo regresso contra il legatario, regresso che col fatto diverrebbe inutile. Ei dee dunque badare acciò i debiti sieno pagati.

Ma se il legatario universale non è in questo caso tenuto de' debiti che per la sua parte e porzione, in che differisce egli dal legatario a titolo universale? Egli non ne differisce *effectu* nel caso proposto, ma ne differisce in quanto al principio in ciò, che se, per esempio, non fosse che legatario a titolo universale della metà della successione, non potrebbe prendere in qualunque evento che questa metà; laddove essendo legatario universale, anche concorrendo con tre figli, lo che gli dà dritto soltanto al quarto de' beni, egli nulladimeno raccoglierà tutta la successione nel caso di rinunzia de' figli.

(272) Abbiam veduto al Titolo *delle successioni* ciò che significano queste parole.

(273) Sia particolari sia a titolo universale. Ciò è semplicissimo. Poichè si suppone che il legittimario non ha che la sua riserva la quale non può essere intaccata da disposizioni a titolo gratuito, bisogna che i legati siano a carico del legatario universale, ed in questo caso allorchè il legittimario non ha preso che quello che gli ricade per la sua riserva, i legatarii non hanno azione contro di lui pel pagamento de' loro legati (*a*).

(274) Ma per la legittima soltanto. La legge falcidia è interamente abrogata, ed il legatario universale non ha dritto di far subire veruna riduzione nel suo proprio interesse ai legatarii particolari. Quindi ecco come debb' essere inteso questo art. 1009 † 935, Es:

Un padre che ha un figlio e de' beni del valore di 60000 franchi istituisce un legatario universale e fa 30000 franchi di legati partico-

(*a*) *Anzi il legatario universale non può dispensarsi dal soddisfare i legati particolari, sino alla concorrenza della quota disponibile, quantunque col pagamento integrale il suo legato universale si riducesse a nulla*; come decise *la corte di Parigi nel* 12 *marzo* 1806, *arresto riportato dal* SIREY *vol.* 6 *parte* 2, *pag.* 267.

Nel caso che non vi sieno eredi che han diritto ad una riserva, il possesso de' beni componenti la successione,

---

lari. Se non vi fossero legittimarii, dopo il pagamento de' legati particolari resterebbero 30000 franchi al legatario universale; ma siccome il figlio ha dritto di pretendere per la sua riserva la metà de' beni, i legati dovranno per conseguenza esser ridotti alla metà. I legatarii particolari saranno dunque ridotti a 15000 franchi, ed il legatario universale, ad egual somma. Se ora supponiamo che nello stesso caso i legati particolari sono di 60000 franchi, è chiaro che quando non vi fossero legittimarii, il legato universale sarebbe ridotto a zero. L'esistenza del legittimario è dunque allora, per ciò che concerne il legatario universale, una cosa del tutto indifferente, atteso che siccome egli è incaricato di pagare tutti i legati, non può prendere se non ciò che resta dopo l'intero loro adempimento. Ora quì i legatarii particolari assorbirebbero tutta la successione se non vi fosse erede legittimario. Siccome ve n'ha uno, essi saranno in verità obbligati a soffrire una riduzione per completar la legittima; ma, soddisfatto una volta il legittimario, il rimanente della successione per intero loro appartiene.

Non si può, egli è vero, dissimulare che questo senso, il quale è il solo che debba darsi all'art. 1009, sembra contrario alla disposizione dell'art. 926 † 843. In effetti, poichè l'art. 1009 preferisce tutti i legatarii qualunque sieno al legatario universale, sembrerebbe che si sarebbe dovuto egualmente obbligar lui solo al pagamento delle legittime, come si faceva nell'antico dritto; ma per l'art. 926, allorchè si tratta della legittima, non si fa veruna distinzione tra i legati universali o particolari; e vanno tutti sottoposti alla riduzione, se vi ha luogo, *pro rata*. Io confesso che le disposizioni dell'antico sistema erano più conseguenti. Quelle pertanto del Codice possono ancora giustificarsi. Allorchè vi è un legittimario, non vi ha a vero dire legatario universale, ma semplicemente un legatario a titolo universale. È lo stesso che l'erede *sine parte* de' Romani, il quale non dee avere che ciò che resta dopo il pagamento di tutti quelli di cui sono determinate le parti: *partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit* (§. 6, *Instit.*, *de hered. instit.*). È dunque in questo caso ben semplice che il legatario universale non sia incaricato egli solo delle legittime, e che vi faccia contribuire i suoi collegatarii. Ma quando manca il legittimario, siccome allora evvi realmente legato universale in tutta l'estensione del termine, i principii antichi ricevono l'intera loro applicazione; e non essendovi più la falcidia, egli è tenuto di soddisfare in totalità i legati.

Quindi tutte le volte che i legati particolari o a titolo universale eguagliano o eccedono il valore della successione, il legatario universale nulla ha da reclamare, vi sieno o no legittimarii.

Ma se il valore de' legati, diversi dal legato universale, eccede quello della successione, come saranno pagati fra essi? Il legatario a titolo universale, quando ve n'è uno, dovendo contribuire al pagamento de' legati particolari, a' termini dell'art. 1012 † 996, e come è ciò formalmente espresso nei *Motivi*, io ne conchiudo che i legatarii par-

seguita la morte del testatore, passerà immediatamente nel legatario universale (*a*), senza che sia tenuto a domandarne il rilascio (275); ed è tenuto a soddisfa- 1006 re indistintamente tutti i debiti (276) e tutti i lega- 932

---

ticolari debbono essergli preferiti. Se tutti i legati sono particolari, allora *decrescent pro rata*. (§. 3 *Instit. ad leg. falcid.*) In quest' ultimo caso se vi è un legittimario, egli prenderà la sua riserva calcolata sulla massa, ed abbandonerà il resto ai legatarii i quali se lo divideranno *pro rata* dell' ammontare de' loro rispettivi legati. Ma i legatarii di corpi certi non debbono forse esser preferiti ai legatarii di quantità? Mi sembra che contribuendo tutti i legati quali che sieno al pagamento della legittima, se ne dee dedurre la conseguenza che la legge non ne riguarda alcuno più favorevolmente dell' altro. Soltanto i legatarii di corpi certi potranno reclamare gli oggetti loro legati, col peso di pagare una somma eguale a quella di cui dee il loro legato proporzionatamente decrescere; non vi sarebbe dunque eccezione che riguardo ai legati di cui il testatore avesse ordinato il pagamento in preferenza di tutti gli altri. Non è nemmen necessario ch' egli abbia manifestato espressamente le sue intenzioni a questo riguardo. La sua volontà può esser presunta dietro le circostanze; come, s' egli dichiarò che tal legato era fatto a titolo di restituzione; giacchè essendo i creditori per disposizion della legge preferiti ai legatarii, sol perchè pose il legatario nel numero de' creditori, egli manifestò il desiderio che quel legato fosse in preferenza degli altri adempito.

(275) Nondimeno si è giudicato più volte che l' erede il quale palesa l' intenzione d' impugnare il testamento, può fare tutti gli atti conservativi necessarii; che può in conseguenza far apporre i sigilli, far procedere all' inventario, salvo a sopportarne alla fine le spese, ove il testamento sia mantenuto. Questo sistema mi sembra giustu e fondato sull' equità.

(276) N' è egli tenuto *ultra vires*? Nell' antico dritto consuetudinario avea vigore la negativa; ma ciò era fondato sul perchè il legato anche universale non impediva l' immediato possesso dell' erede legittimo, talchè il legatario era sempre obbligato a domandargli il rilascio; e se l' erede avea rinunziato, egli dovea dirigere la sua azione contra un curatore dell' eredità giacente ch' ei pure era obbligato di far nominare. Il legatario universale non rappresentava dunque la persona del defunto; giacchè, altrimenti, egli sarebbe stato di pieno dritto investito della successione. Dunque egli non succedeva che ai beni, e non era tenuto de' debiti che per esser essi un peso de' beni medesimi. Dunque non era debitore personale: siffatta qualità risedeva essenzialmente nella persona dell' erede legittimo il quale, malgrado che fosse spogliato interamente della successione dal legato universale, poteva nondimeno venir costretto dai creditori della successione sino a tanto che non vi

(*a*) *In tal caso colui al quale si è fatto il legato rimane investito di pieno dritto colla morte del testatore, per virtù della legge, e subentra nel posto degli eredi legittimi, senz' esser tenuto a domandarne il rilascio.* V. Grenier l. c. *num.* 295.

avesse rinunziato. Il legatario universale non era dunque tenuto de' debiti che *propter bona*. Ora, egli era ed è tuttora una massima che colui il quale non è tenuto ad un debito che a causa di una cosa ch' ei possiede, può esimersene abbandonando la cosa. Indi si conchiudeva che il legatario universale il quale avea fatto inventario, poteva liberarsi dall' obbligo di pagare i debiti della successione, abbandonando tutti i beni compresi nel detto inventario.

Oggidì che i principii dei paesi sottoposti al dritto scritto sono prevaluti pei casi in cui non v'è legittimario, e che è stato deciso che allora il legatario universale sarebbe investito di pieno dritto non solo della proprietà, ma ancora del possesso, senza esser tenuto di domandare il rilascio a chicchessia, bisogna aver per fermo che in questo caso il legatario universale è un vero erede, e come tale tenuto dei debiti personalmente ed *ultra vires*, salvo il beneficio dell' inventario. Ed in effetti a qual titolo potrebbe egli esser investito *ipso jure* se non perchè succede alla persona del defunto e n' è, come dicono gli autori, la continuazione? Bisogna d' altronde che questa persona sia continuata. *Il luogo del defunto*, diceva l' oratore del governo, *non può rimaner vuoto*. Nell' antico dritto consuetudinario la detta persona era continuata nell' ereda del sangue, il quale, anche quando esisteva un legatario universale, era, come l' abbiamo detto, indefinitamente tenuto dei debiti finchè non avea rinunziato. Oggi egli non ha bisogno di rinunziare; la successione non gli è nemmeno deferita; egli non vi ha mai avuto dritto. I creditori non hanno alcuna azione da esercitare contro di lui; e se essi non avessero contro del legatario l' azione personale che aveano contra il defunto, e che avrebbero avuta contra l' erede se non vi fosse stato legato universale, ne seguirebbe che un debitore potrebbe privare i suoi creditori del beneficio di quest' azione sol perchè egli avesse fatto un legato universale: il che è contrario al principio, *nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare*; principio il quale non può intendersi che dell' obbligazione personale, poichè è certo che si può ognuno liberare dell' obbligo reale col suo fatto, vale a dire abbandonando la cosa per cagion della quale egli è debitore. È dunque vero che nel dritto attuale quando non vi è legittimario, il legatario universale è quel che era l' erede istituito ne' paesi di dritto scritto, e ch' ei dee per conseguenza prevalersi del beneficio dell' inventario, se non vuol essere indefinitamente tenuto de' debiti.

Tale sembra essere stata egualmente l' opinione del Consiglio di stato. Noi vediamo in effetti che in tutto il corso della discussione sull' art. 1014 † 968, e sulla quistione, se l' immediato possesso dovea essere conceduto al legatario universale in preferenza dell' erede del sangue, il primo è continuamente chiamato *erede testamentario*, è comparato all' erede istituito de' Romani.

„ L' erede testamentario non ha bisogno che del suo titolo per „ mettersi in possesso. „ (Il sig. Malleville).

„ Allorchè esiste un erede testamentario, non v' è più erede le„ gale; giacchè la legge non applica minor effetto alla disposizione „ fatta dall' uomo in virtù dell' autorizzazione da lei datagli, che alla „ disposizione che fa direttamente ella stessa. Quindi l' erede testamen„ tario è *erede legale*, come l' erede *ab intestato*. „ (Il sig. Portalis).

ti (277). In questo caso l'immissione in possesso ha luogo

„ La massima , *il morto impossessa il vivo* , riceve qui la sua „ applicazione : essa è fondata sul non poter esservi alcun intervallo „ tra il defunto ed il suo erede. Il possesso del primo continua im- „ mediatamente nella persona del secondo : poco importa che l' erede „ sia testamentario o *ab intestato* „. (Il sig. PORTALIS).

„ Le due specie di *eredi* hanno gli stessi dritti nel momento in „ cui si apre la successione. „ (Il sig. MURAIRE.)

„ La legge la quale dà al testatore il dritto di disporre di tutto „ il suo asse , vuol certamente altresì che i di lui dritti passino im- „ mediatamente e per solo effetto della di lui volontà all' erede ch'egli „ istituisce. „ (Il console CAMBACÈRÈS).

Risulta evidentemente da questi diversi passaggi che quando non evvi legittimario , il legatario universale o erede testamentario ha assolutamente gli stessi dritti , e dee per conseguenza esser soggetto alle stesse obbligazioni che l' erede del sangue; e ciò che lo prova in modo evidentissimo si è , che il Codice istesso nell' art. 896 † 941 si serve di queste parole , *l' erede instituito* , per dinotare il legatario universale ; e finalmente un decreto del 12 ottobre 1812 (*Boll.* n. 8390) autorizza *col beneficio dell' inventario* l' accettazione di un legato universale fatto alla pia opera de' poveri malati di Ville-neuve-lès-Avignon. Il legislatore ha dunque egli stesso riconosciuto che il legatario universale poteva aver bisogno del beneficio dell' inventario. Si ritrova la stessa disposizione nei decreti del 3 giugno 1813 (*Boll.* , n.° 8636), 28 dello stesso mese (n.° 8725 e 8822) , 25 maggio seg. (n.° 9341), 29 giugno (n.° 9440) , 21 del suddetto (n.° 9442 e 9450), ecc. ecc.

Io penso , dietro ciò , che tutto quello che si è detto al Titolo *delle successioni* , relativamente all' erede *ab intestato* , debb' essere applicato all' erede testamentario, o legatario universale; poichè, come lo ha espresso uno degli opinanti , i loro dritti sono assolutamente gli stessi. Se uno ha l' immediato possesso in un caso , in virtù dell' art. 724 † 645 , l' altro lo ha egualmente in un altro caso, per l' art. 1006 † 932. Ora se il legatario universale è investito del possesso immediato come l' erede del sangue , egli è dunque soggetto , come lui, all' azion de' creditori, finchè non abbia ripudiato il legato.

I titoli esecutivi contra il defunto , son tali egualmente contra il legatario, dopo la dilazione e la formalità prescritta dall' art. 877 † 797.

Il legatario ha le dilazioni per fare l' inventario e per deliberare, e si dee applicargli tutto ciò che si è detto relativamente all' accettazione ed a' suoi effetti, come pure al benefizio dell' inventario ed alla rinunzia , nelle sezioni I e II. del cap. IV. del Titolo *delle successioni*.

Io so che questi principii potranno sembrare singolari ai giureconsulti dei paesi di dritto municipale , come sembreranno semplici e naturali a quelli de' paesi di dritto scritto : ma giacchè si è adottata l' opinione di questi ultimi toccante l' investimento dell' erede testamentario , vi sarebbe inconseguenza nel non ammettere tutti gli effetti che la legge ha necessariamente appropriati a questo investimento. (Vedi RICARD , *delle disposiz. condiz.* , n. 119 , *in fine*).

(277) Ne è egli tenuto *ultra vires*? Il legatario universale, quando

di pieno dritto, se il testamento è per atto pubblico (278); ma se è olografo o mistico (279), il legatario, sebbene investito della proprietà di tutta la successione, è nondimeno tenuto a farsi immettere in possesso con una ordinanza del presidente del tribunale (280).

è investito dal possesso, dovendo essere assimigliato all' erede *ab intestato*, deve a lui applicarsi tutto quello che fu detto nella nota 176 vol. 4. p. 153. *Quid*, se dopo che il pagamento de' legati ch' è stato fatto dal legatario, il testamento è dichiarato nullo a richiesta dell' erede? Il legatario universale sarà sciolto dall' obbligazione verso l' erede, restituendogli ciò che gli sarà rimasto dopo il pagamento dei legati, salvo all' erede di ricorrere contra i legatarii particolari per la restituzione di ciò che loro sarà stato pagato. (L. 17, ff., *de heredit. petit.*)

(278) Perchè allora può esser messo in forma esecutiva.

(279) Quando il testamento è mistico, è autentico, poichè è riconosciuto avanti notaro: ma non è, nè può essere esecutivo. L' atto di soprascrizione non è che un processo verbale: or come dare ad un simile atto la forma esecutiva?

(280) *Del tribunale* nel cui circondario la successione è aperta. Questa disposizione è messa a' piedi d' una istanza alla quale viene aggiunto l' atto di deposito del testamento di cui sarà quistione qui appresso, sez. IV. (art. 1008 † 934) (*a*).

Osservate che l' obbligo di chiedere l' immissione in possesso non impedisce al legatario di percepire i frutti, a contare dalla morte.

Quid, se la scrittura del testamento olografo è impugnata? L' immissione debb' essere sospesa sino a dopo la verifica, ch' è, come l' abbiam detto, a carico del legatario.

Quid, se l' erede *ab intestato* dichiara d' iscriversi in falso contra l' atto di soprascrizione del testamento mistico? È massima che la semplice iscrizione in falso non basta per sospendere l' esecuzione dell' atto autentico (art. 1319 † 1273); ma apparterrà al giudice il prendere le necessarie provvidenze conservative onde impedire la diversione degli effetti della successione, e ciò a spese di chi apparterrà.

Quid, se vi ha simile iscrizione contro del testamento per atto pubblico? La quistione è più difficile, poichè il legatario è di dritto investito senza essere obbligato a domandare l' immissione in possesso; nondimeno io penso che il giudice potrà prendere le stesse providenze che nel caso precedente, e permettere all' erede del sangue di far apporre i sigilli e procedere all' inventario, a suo rischio e periglio.

(*a*) *L' oggetto di questa ordinanza è solo di far nota agli uficiali incaricati dell' esercizio della pubblica autorità la immissione in possesso, affinchè niuno possa invadere fraudolentemente una eredità, in pregiudizio degli eredi legittimi; quindi l' art. 934 delle nostre Leggi civili attribuiscono questa facoltà al giudice del circondario ove si è aperta la successione.*

§. III.

Del legato a titolo universale.

Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore dispone, sia in piena proprietà, sia in usufrutto soltanto:

O di una parte aliquota della porzione disponibile;
O di tutti i suoi immobili (281),

(281) Ma bisogna che questi immobili sieno lasciati *per modum universitatis*, vale a dire in massa e senza indicazione particolare degli oggetti legati; giacchè se, per es., il testatore non avendo che due case in Parigi avesse detto: *io dono e lego a Pietro le mie due case in Parigi*, Pietro non sarebbe che un legatario particolare, e come tale dispensato dal contribuire ai debiti; laddove se avesse detto, *io dono a Pietro tutti i miei beni immobili*, questi sarebbe allora legatario a titolo universale e tenuto *pro rata* de' debiti. Nè si dica esser questa una pura sottigliezza, un' arguzia di parole, l' *aucupium syllabarum* dei Romani. Può in verità accadere col fatto che il legatario non tragga maggior profitto da un legato che dall' altro, ma non è men vero che il dritto in se stesso è ben differente; dapoichè,

1.° Se dopo il testamento il testatore ha acquistato altre case, esse saranno comprese nel legato a titolo universale, non già nel legato particolare;

2.° Se dopo l' epoca medesima, il testatore ha venduto le sue case di Parigi, e ne ha acquistato altre in campagna, il legato particolare sarà interamente caduco, mentre il legatario a titolo universale potrà reclamare in contraccambio le case novellamente acquistate.

Quid, se il testatore ha legato tutte le sue selve, tutti i suoi prati, tutti i suoi terreni aratorii? Sono altrettanti legati particolari; mentre non sono quote della successione, e neanche de' suoi immobili. È lo stesso a più ragione, s' egli ha lasciato tutte le selve, tutti i prati, ed anche tutti gl' immobili che possiede nel tale dipartimento.

Quid, se il testatore nel momento della sua morte trovandosi aver dritto ad una successione non ancora liquidata, abbia legato la successione istessa? Sarà un legato particolare: non è una quota della successione del testatore. Il legatario non sarà dunque tenuto de' debiti particolari del testatore. In quanto a quelli provegnenti dalla successione legata, egli ne sarà tenuto, anche *ultra vires*, nello stesso modo che il sarebbe colui al quale il testatore avesse venduto quella medesima successione. Se però il testatore avesse pagato prima di morire alcuni debiti della detta successione, io non credo che il legatario sia tenuto di rimborsarne il valore, come lo sarebbe un acquirente. (art. 1698 † 1544 (La differenza risulta da ciò: il testatore può aumentare la cosa legata in quanto lo giudica convenevole, senza che per ciò sia il

O di tutti i suoi mobili,

1010 O di una parte aliquota di tutti i suoi immobili, o 964 di tutto il suo mobiliare.

Il legato stesso dell' universalità della successione, 612 ma in usufrutto soltanto, sarebbe pur esso considerato 537 come un legato a titolo universale (282).

I legatarj a titolo universale sono tenuti a domandare il rilascio (283) agli eredi legittimarj se ve ne sono; ed in loro mancanza, ai legatarj universali (284); e

---

legatario soggetto a veruna restituzione: ora, pagando i debiti della successione da lui legata, si presume che abbia voluto aumentare il legato. Tal è pure il sentimento di RICARD, parte 3, n. 1532 (*a*).

(282) Ciò che il prova si è ch'egli è obbligato a contribuire ai debiti, come or ora il vedremo.

(283) Da quando ottengono essi i frutti? Poichè l'art. 1012 † 965 li pareggia al legatario universale sotto il rapporto de' pesi, debbono egualmente essergli eguagliati sotto quello de' beneficii. Io penso dunque che debba loro applicarsi l'art. 1005 † 931. D'altronde nel caso d'un legato a titolo universale, la domanda pel rilascio è una specie di petizione di eredità; ed in questa azione è massima che *fructus augent hereditatem*; e siccome il legato a titolo universale è d'ordinario di una quota dell'eredità, è certo che trovasi di altrettanto aumentato. Non si dee eccettuare che il caso in cui la successione è stata posseduta di buona fede. Ora l'art. 1005 † 931 suppone che non v'è buona fede dalla parte dell' erede se non quando la domanda è stata fatta dopo l'anno trascorso dal giorno della morte.

Circa il modo in cui debb' esser fatta la divisione allorchè venne ordinato o consentito il rilascio del legato, vedete la precedente nota 269 p. 225.

Osservate che l'azione pel rilascio d'un legato si prescrive, come tutte le altre azioni, con trent' anni dal giorno della morte, o dalla scadenza del termine, o dall' avvenimento della condizione, secondo che il legato era condizionale ovvero a termine.

(284) Credo peraltro che se vi è un legatario universale il quale abbia ottenuto il rilascio, un legatario a titolo universale ed un legit-

(*a*) *Ma il legato di tutto il mobiliare che si troverà nella casa del testatore nel giorno della sua morte non forma un legato a titolo universale, come decise la corte di Torino nel* 24 *marzo* 1806 (SIREY 6. 2. 553); *mentre la donazione è a titolo universale quando gli stabili del donante si trovano tutti in essa compresi, quantunque ciascun fondo sia espressamente designato, e non vi sia soggiunto che questi stabili soli appartengano al donante; nè il peso imposto al donatario di pagare le somme fissa e per legittima, impedisce che la donazione non sia a titolo universale. V. la decisione della corte di Limoges del* 29 *aprile* 1817, *nella raccolta del* SIREY *tom.* 17, *parte* 2, *pag.* 164.

mancando i legittimarii e i legatarj universali agli eredi 1011
legittimi. 965

I legatarj a titolo universale in piena proprietà sono 871
tenuti ai debili e pesi della eredità, personalmente per 792
la loro parte e porzione, ed ipotecariamente per lo tut- 1012
to (285). Nulladimeno, quanto al pagamento dei legati, 966

timario, il legatario a titolo universale dee rivolger la domanda contra il legatario universale. Che giova infatti in questo caso domandar il rilascio al legittimario il quale nulla dee, e nulla ha da impugnare? (a).

Quid, se non evvi che un successore irregolare, per esempio, un figlio naturale o il conjuge? Credo che bisogni distinguere: se il successore irregolare si è fatto immettere in possesso, la domanda del rilascio va diretta contra di lui; se no, bisognerà far nominare un curatore alla eredità giacente, contro del quale sarà intentata l'azione.

(285) Applicate ciò che abbiam detto intorno al pagamento dei debiti da farsi dal legatario universale, tranne che i legatarii a titolo universale non possono mai esser tenuti *ultra vires*, quantunque non abbiano invocato il beneficio dell'inventario, purchè tuttavia siavi stato inventario. In effetti essi non sono investiti dell'immediato possesso poichè sono obbligati di domandare il rilascio. Non sono dunque la continuazione della persona del defunto; nè tenuti personalmente, ma come detentori dei beni della successione; possono dunque liberarsi abbandonandoli. Non sono essi quindi tenuti *ultra vires*.

Ma i legatarii a titolo universale sono tenuti de' debiti per la loro parte e porzione riguardo ai creditori o solamente riguardo all'erede o al legatario universale? ovvero, in altri termini, se vi ha un legatario universale, un legatario a titolo universale per un terzo, a cagion di esempio, e nessun erede con dritto di riserva, il creditore sarà egli tenuto di dividere la sua azione, e domandare al legatario universale i due terzi del suo credito e l'altro terzo al legatario a titolo universale? oppure potrà egli domandare il tutto al legatario universale, salvo il regresso di questi contro al legatario a titolo universale? Quest'ultimo avviso io credo più conforme ai principii, ed esser d'uopo applicare a questo caso ciò che abbiam detto nella precedente nota 271 pag. 227. Allorchè non vi ha erede che abbia dritto a riserva, il legatario universale è *loco heredis*, poichè egli è investito di tutta la successione. Ora, quando vi

(a) *L'art.* 1011 *guarda il silenzio nel caso del concorso d'un erede legittimario e d'un legatario universale con altri legatarii a titolo universale o particolare. Sembra, dice* Toullier *(l. c. n.* 552) *che questi ultimi debban domandar il rilascio al legatario universale, poichè dev' egli solo soddisfar i legati, avendo egli solo interesse d'esaminarne i titoli. Ma se costui trascurasse o ritardasse a domandar il rilascio dal legittimario, i legatarii particolari che non han dritto ai frutti che dal dì della domanda potrebbero chiedere i loro legati all'erede legittimo, salva in seguito l'azione al legatario universale se tal rilascio si fosse accordato per connivenza o in frode.*

bisogna distinguere: se vi sono eredi che han dritto a riserva, e che la totalità dei legati, compresivi quelli a titolo universale, eguagli od ecceda la porzione disponibile, i legatarj a titolo universale sono essi soli tenuti (286) a soddisfare i legati particolari, salva la riduzione, se occorre. Ma se la porzione disponibile non è intieramente assorbita, non sono tenuti a soddisfare ai
1013 legati che per la loro rispettiva tangente unitamente agli
967 eredi legittimarj. È lo stesso nel caso ch' essi concorrano con legatarj universali soltanto, o con eredi legittimi, ma non riservatarj, qualunque sia in questi due casi l'ammontare delle disposizioni (287).

è un erede legittimo che ha accettata la successione, egli è senza dubbio tenuto di tutt' i debiti riguardo ai creditori, anche allora che vi sono legatarii a titolo universale, e salvo il suo regresso contro di loro. Dunque *a pari* ec. Vi sono ancora molte circostanze nelle quali sarebbe presso a poco impossibile di costringere i creditori ad agire direttamente contro i legatarii a titolo universale, ora che come tali si riguardano i legatarii di tutti gl' immobili, o di tutto il mobiliare, o di una quota degl' immobili o del mobiliare. In questi diversi casi infatti qual porzione di debiti i creditori potranno domandare a siffatti legatarii? Per determinarla bisognerebbe stabilire il valore del legato comparativamente alla massa della successione. Ma, in prima, è ben possibile che questa proporzione non sia stata stabilita nella divisione; e poi, quando anche lo fosse stata, questa determinazione potrebbe mai essere opposta ai creditori riguardo ai quali essa è *res inter alios acta?* La determinazione istessa stabilita con un primo creditore non astringerebbe un secondo. Dal che risulterebbero perciò difficoltà innumerevoli che saranno evitate adottando l'avviso da me testè emesso, il quale d'altronde, come l' ho detto, è uniforme ai veri principii.

(286) In concorrenza col legatario universale, se ve n' abbia alcuno. Qualora dunque vi sia un legatario universale, un legatario a titolo universale, del terzo, a modo di esempio, e legati particolari, bisogna cominciare dal pagar questi legati particolari; il legatario a titolo universale prende il terzo del restante, e ciò che avanza appartiene al legatario universale.

(287) Siccome qui non v'è riserva, gli eredi legittimi non possono esentarsi dal contribuire ai legati che rinunziando alla successione. Ma riflettete che se il legato a titolo universale non è di una quota della successione, e che vi sieno legati di corpi certi, può accadere, dietro la natura dell' oggetto legato, che il legato sia a carico o dell' erede solo o del solo legatario a titolo universale. Se, per esempio, vi è un legatario di tutto il mobiliare, e che il testatore abbia legata una casa, è chiaro che quest' ultimo legato sarà a carico del solo erede, e *viceversa* (a).

(a) *Si vegga in* Grenier, *l. c. num.* 289, *la soluzione de' dubbii*

Allorchè il legato a titolo universale è soltanto in usufrutto, il legatario dee contribuire ai debiti (288) nella seguente maniera:

Se l'usufrutto cade sull' universalità dei beni della successione, il legatario dee anticipare la somma necessaria pel pagamento di tutti i debiti e pesi; la qual somma viene a lui rimborsata dall' erede o dal legatario universale della nuda proprietà, al termine dell'usufrutto, e senza interesse.

Qualora egli non voglia fare questa anticipazione, compete al proprietario la scelta, o di farla egli stesso, ed allora l' usufruttuario è tenuto a pagargliene gl' interessi finchè dura l' usufrutto; od a far vendere sino alla debita concorrenza una porzione dei beni soggetti all'usufrutto (289).

Quando il legato di usufrutto non cade che sopra una parte aliquota, sia dell' intiera eredità, sia degl' immobili, sia de' mobili (290), si osserva lo stesso metodo

---

Quid riguardo ai legati particolari di danaro contante? Debbono essere soddisfatti dai legatarii a titolo universale e dall'erede, *pro modo emolumenti*, e quand' anche vi fosse un legato di tutto il mobiliare. La ragion della differenza col caso precedente si è, che il testatore legando una somma di danaro non è presunto aver legato precisamente i danari che si troverebbero nella di lui successione, ma aver gravata la intera eredità dell' obbligo del pagamento di tal somma. Sarebbe altrimenti se avesse legato tutto il contante che si troverebbe nella sua morte, mentre allora il legato sarebbe a carico soltanto del legatario del mobiliare.

(288) Osservate ch' egli contribuisce ai debiti riguardo all'erede, ma che non n' è tenuto verso i creditori, salva l' azione ipotecaria, e salvo ciò che andremo a dire relativamente alle annualità delle rendite e pensioni. Risulta in effetti dall' art. 612 † 537, che se l' usufruttuario non vuol avanzare la somma necessaria al pagamento de'debiti, l' erede non può costringervelo. Dunque a più ragione i creditori non hanno azione contra di lui.

(289) Non si può esigere che il proprietario venda i suoi beni proprii per pagar debiti di cui sono gravati quei beni de' quali egli non ha il godimento.

(290) È in questo caso che debbono applicarsi queste parole del-

1. *sul perchè si qualifica legatario universale il legatario cui è devoluta la* totalità *de' beni, ed il legatario il quale ha dritto solo ai beni disponibili*; 2. *intorno al concorso di un legatario universale con legatarii a titolo universale*; *ed ivi com' egli risolva quella specie di antimonia tra l' art.* 1011 † 965, *e gli articoli* 1003 *e* 1010 † 929 *e* 964.

surriferito, fuorchè il legatario non è obbligato a con-
612 tribuire ai debiti e pesi che in proporzione della quota
537 di beni di cui ha l'usufrutto

Ma in ambedue i casi il legatario è tenuto a pre-
stare tanto nel totale, se ha l'usufrutto universale, quanto
in ragione della sua quota parte, e in ambi i casi senza
alcuna ripetizione, le annualità delle rendite vitalizie o
610 pensioni alimentarie legate dal testatore (291), che sca-
535 dono durante il suo godimento.

---

l'art. 612 † 537: *Si stima il valore del fondo soggetto all'usufrutto, e si fissa in seguito il contributo al pagamento de' debiti in ragione di questo valore* ec. Egli è chiaro in fatti, che se il legato dell'usufrutto è universale, o a titolo universale, ma di una quota dell'eredità, non vi è stima da farsi, per determinare il contributo al pagamento de' debiti, poichè il legatario dee anticipare la somma necessaria pel pagamento di tutti i debiti nel primo caso, e, nel secondo, di una parte dei debiti proporzionata alla parte che prende nell'usufrutto di tutta la successione.

(291) Qui egli è tenuto non solamente riguardo all'erede, ma eziandio riguardo ai creditori i quali hanno un'azione diretta contro di lui. ,, I legati di pensioni o rendite vitalizie, dice l'art. 610 † ,, 535, debbono essere soddisfatti dal legatario universale dell'usufrut- ,, to ,,. Dunque questo legatario n'è diretto debitore sino a tanto che dura l'usufrutto.

Quid, riguardo alle rendite vitalizie o pensioni costituite dal testatore durante la sua vita? Io son di parere che l'usufruttuario n'è egualmente tenuto, e che l'articolo parla de' legati *enunciative*, *non vero exclusive*. Del resto se la successione comprende rendite vitalizie costituite a vantaggio del testatore, ma che non sono estinte colla sua morte, il legatario ha dritto di percepirne le annualità, senza obbligo di restituzione, per tutta la durata del suo usufrutto. Dunque reciprocamente egli dee soddisfare tutte le rendite simili di cui la successione è gravata.

Quid, intorno alle annualità delle rendite perpetue? Il legatario dell'usufrutto ne debb'esser tenuto *a fortiori*. (Arg. tratto dagli art. 385 † 299, 608 † 533 609 † 634 e 1409 † T.). Che se l'art. 610 † 535 non ha parlato se non delle rendite vitalizie, fu perchè non vi erano che queste riguardo alle quali potesse esservi qualche difficoltà; mentre siccome in tal sorta di rendite non vi è capitale, si sarebbe potuto considerar le annualità come costituenti, almeno in parte, il capitale della rendita, e quindi decidere che dovevano andare per una porzione qualunque a carico del proprietario. Ma in quanto alle rendite costituite, non poteva esservi dubbio. Le annualità di queste rendite sono pesi de' frutti; dee dunque l'usufruttuario esserne tenuto sino a che dura il suo usufrutto. (*a*)

(*a*) *Sembra al sig.* Toullier, *l. c. n.* 539, *che le rendite per-*

§. IV.

Del legato particolare.

Il legato particolare è quello col quale il testatore dispone, sia d' una somma determinata, sia d' uno o più oggetti designati (292) e che fan parte della sua eredità.

Noi diciam *designati*: avvertendo però non essere necessario che la *designazione* o indicazione sia individuale. Basta ch' essa abbia luogo quanto alle specie soltanto; ed allora se il testatore non ha espressamente accordata al legatario la scelta, quest' appartiene all' erede (293), il quale non può peraltro offrire la cosa della

Ma s' egli fosse usufruttario a titolo particolare soltanto, è manifesto che non sarebbe tenuto personalmente neppure delle annualità del debito ipotecato sul fondo del quale egli ha l' usufrutto. (art. 611 † 536).

(292) I fatti possono altresì esser l'oggetto de'legati. Così il testatore può ordinare al suo erede di fare o far fare taluna cosa nell' interesse di un terzo, o di vendergli una tal cosa, o di comprarla da lui. Ne' quali due ultimi casi, se il prezzo non è determinato, va stabilito a giudizio de' periti.

(293) In generale la scelta appartiene sempre al debitore, quando non è stata espressamente accordata al creditore (art. 1190 † 1143 e 1246 † 1109).

Ma *quid*, se la scelta fu data al legatario? Egli può scegliere la miglior cosa fra quelle che appartenevano al defunto. Può egli variare? Nol credo: dal momento in cui ha dichiarato la sua scelta, egli ha

petue non essendo più un dritto reale, nè vincolando più il fondo se non a titolo d' ipoteca, il legatario del fondo suddetto non è obbligato a soddisfare ma solo a soffrirne l' ipoteca. Ciò risulta necessariamente dal cambiamento che ha avuto luogo sulla di loro natura; poichè non sono esse al presente che crediti ipotecarii, ed han perduto il carattere di realità *che le attaccava al fondo di cui non erano che una* delibazione. *Il sig.* GRENIER, *prosiegue lo stesso autore, che insegna nel tom.* 1. *pag.* 539 *che queste sono a carico del legatario del fondo sul quale sono ipotecate non ha fatta bastante attenzione al cangiamento avvenuto nella legislazione, dal quale risulta doversi applicare presentemente alle rendite fondiali, divenute mobili e redimibili, l' antica dottrina secondo la quale il legatario non era obbligato che delle rendite che* riguardavano la natura del fondo sul quale erano allogate. *Veggasi* MERLIN *nelle sue* Quistioni di dritto *V.* Legataire, §. 3, *e gli autori che ivi cita.*

1022 peggior qualità, come non è obbligato a darla della mi-
977 gliore (294):

Che fan parte dell'eredità: perciocchè il legato della
1021 cosa altrui è nullo, abbia o no il testatore saputo ch'essa
975 non gli apparteneva (295).

---

consumato il dritto che davagli il testamento. La cosa da lui scelta è divenuta la sua proprietà, e d'allora andando essa a suo rischio, non può cessare di esser tale (l. 20, ff. *de opt. vel elect. legata*, e Ricard, *delle Donaz.*, par. 2, n.° 153).

Quid, se il legatario viene a morire prima di aver fatto la scelta? Essa apparterrà ai di lui eredi. Se questi non sono di accordo, il giudice deciderà *quid utilius* per la massa; oppure la sorte indicherà colui che dee scegliere per tutti. (L. 3. Cod. *comm. de legatis* (a).

(294) Ma osservate.

1.° Che l'erede non è tenuto se non quando si trovano nella successione cose della natura di quella che è stata legata: altrimenti il legato sarebbe nullo; poichè il testatore non ha potuto legare che quello che gli apparteneva. (art. 1021 † 975).

2.° Che in questa specie di legati, l'erede è tenuto della evizione, se tuttavia esistevano nella successione altre cose della stessa natura; mentre, poichè vi è stata evizione, è segno che la cosa donata non apparteneva al testatore; e quindi l'erede non ha potuto darla in pagamento del legato, e dee consegnarne un'altra. (L. 29, §. 3 ff. *de legatis* 3.) Ma se la cosa consegnata era unica, è chiaro che l'erede non è tenuto della evizione.

(295) Derogazione al dritto romano, ed all'antico dritto francese, i quali dichiararono valido il legato allorchè il legatario potea provare che il testatore sapeva che la cosa non gli apparteneva (b). Bisogna però eccettuare da questo divieto la disposizione particolare scritta nell'art. 1423 † 1404; ed anche quella che concerne il legato di una cosa gravata di usufrutto nel caso in cui il testatore ha ordinato al suo erede di ricomprare il detto usufrutto. (V. l'art. 1020 † 974, e la seg. nota 312 p. 255.

Osservate che tra la disposizione del dritto romano che dichiarava valido il legato della cosa altrui, quando il testatore sapeva che la cosa non gli apparteneva, e quella del dritto francese che dichiara nullo un tal legato, non vi ha differenza, per così dire, che nelle parole. Imperciocchè, supponiamo che presentemente taluno faccia questa disposizione:

„ Io so che un tale mio amico desidera avere la tal casa che in „ questo momento è in vendita: incarico per conseguenza il mio erede „ di somministrargli la somma necessaria per comperarla alle migliori „ condizioni possibili „.

Certamente io non veggo come si potrebbe impugnare una simile

(a) *V. nelle nostre Osservazioni Cap. III. quel che su questa scelta si è dalle nostre Leggi civili aggiunto.*
(b) *V. Grenier loc. cit. num.* 319.

I legati avendo in generale per oggetto, come lo abbiamo già detto, di beneficare coloro in favore dei quali son fatti, ne deriva ch'essi debbono essere utili ai

---

disposizione; eppure questo è presso a poco il legato della cosa altrui, come l'intendevano i Romani.

Quid, se il testatore ha legato una cosa della quale egli è proprietario per indiviso? Io credo che bisogna distinguere: Se l'indivisione risulta da un titolo universale che è ancora rimasto nei termini della universalità, per es. se l'oggetto fa parte di una successione alla quale il testatore è chiamato e che non è ancora divisa, bisogna applicare l'art. 1423 † 1404, ed aggiudicare l'oggetto legato al legatario, se cade nella porzione del testatore. Se no, egli dovrà contentarsi del prezzo che verrà stimato. Così giudicato a Metz il 30 marzo 1816 (SIREY, 1819, 2. par. p. 50). Ma se le parti quantunque indivise sono però determinate per la quantità, io giudico che il legato non dee valere che per la parte del testatore.

Il legato della cosa dell'erede o del legatario sarebbe mai valido? Presso i Romani esso valeva *indistincte*, vale a dire, sia che il testatore avesse saputo o no che la cosa non gli apparteneva. L'erede era anche obbligato di consegnare la cosa istessa al legatario, e non poteva offrirgliene il prezzo. Nel nostro dritto mi sembra che un simile legato non dovrebbe valere se non quando il testatore l'avesse fatto con cognizione di causa, cioè sapendo che la cosa apparteneva al suo erede o al suo legatario, e che allora debb'essere considerato come un peso della istituzione o del legato se fosse un legatario universale o particolare, o della eredità, se un erede legittimo, colui la di cui cosa fosse stata legata (*a*).

Del resto risulta dalla disposizione dell'art. 1021, che quando il legato è di un corpo certo, e che il legatario viene evitto da alcuno che pretende aver dritto alla proprietà, non si dà luogo all'azione di garentia. In effetti tostochè vi è stata evizione, è chiaro che fu giudicato che la cosa non apparteneva al testatore. In questo caso il legato essendo nullo, non può per conseguenza dar luogo all'azione di garentia: sarebbe altrimenti se questa azione risultasse da un credito ipotecario contratto dal defunto. Il legatario non essendo tenuto dei debiti, l'erede è in dovere di garentirlo dalle azioni de' creditori; ovvero, se è stato obbligato a liberar l'ipoteca, di rimborsargli ciò ch'egli ha pagato a tal effetto. (art. 874 † T).

Il legato dell'usufrutto di un fondo di cui il testatore non avea che la nuda proprietà, è egli valido? Sì, (L. 72. ff. *de usufructu*.) Si dee credere che il testatore ebbe in mira il caso in cui questo usufrutto si riunisse alla proprietà, e che sol per questo caso fu fatto il legato.

(*a*) TOULLIER *crede che il Codice non avendo proibito di legar la cosa dell'erede, come l'ha fatto per la cosa altrui, un tal legato sia sempre valido, ed opina nello stesso modo, anche se quest'erede sia legittimo* (*l. c. n.° 517.*) *Noi crediamo savia la distinzione proposta dal nostro autore. Del resto veggasi la legge* 67 §. 8, *ff.* de legat 2.° *e 'l* §. 4, instit. de leg.

legatarj. In conseguenza, il legato fatto da un debitore al suo creditore non si considera fatto in compenso del
1025 credito, nè il legato fatto ad un domestico in compenso
980 de' salarj che gli sono dovuti (296).

Il legato di colonne o altri pezzi che fanno parte di un edificio appartenente al defunto sarebbe mai valido? La ragione del dubitarne si trae dalle leggi 41 §. 1. e 43 ff. *de legatis* 1.°, le quali annullavano tal sorta di legati. Ora il principio sul quale questa disposizione era fondata, *ne ruinis aedium deformaretur aspectus urbis*, sembra conservato presso di noi dall' art. 554 † 479 del Codice. Nondimeno io son d'avviso che il legato sarebbe valido; perchè in effetti l' art. 554 conserva, egli è vero, la disposizione della legge delle Dodici Tavole, la quale non vuole che il proprietario di un edifizio possa essere astretto a distruggerlo per restituire alcuni materiali appartenenti ad altrui; ma noi non abbiamo adottato il senatoconsulto reso sotto Adriano, che avea proibito anche le convenzioni volontarie su tal sorta di oggetti. Bensì io penso che, secondo lo spirito dell' art. 554, l' erede potrebbe liberarsi pagando il valore della cosa legata (*a*).

(296) Quindi potranno domandare i loro legati; ed inoltre il creditore il suo credito ed il domestico i suoi salarii.

Quid però, se il credito risultasse da una disposizione a titolo gratuito? *Finge*, Pietro dopo di essersi costituito debitore verso Paolo, *donationis causa*, di una somma di 3000 franchi, gli fa un legato di pari somma o di altra maggiore, o dopo aver fatto il legato gli fa la donazione; Pietro potrà egli domandare ad un tempo l'adempimento del legato e della donazione? Io credo che sulle prime v' ha qui una quistione d' intenzione. Se non è possibile di scoprire quale ha potuto esser quella del disponente, il mio parere sarebbe che bisogna distinguere: se il testamento è posteriore alla donazione, Paolo potrà domandare l' adempimento delle due disposizioni; e la ragion di così decidere risulta dal perchè, grazie alla donazione, egli trovavasi irrevocabilmente investito del dritto di domandare i 3000 franchi; il legato non potendo dargli più dritto di quello ch' ei già ne tiene, non si può supporre che il testatore abbia voluto fare una cosa inutile. Ma se la donazione è posteriore al testamento, si può credere che il disponente ha voluto accelerare l' effetto della sua disposizione testamentaria, che è stata sua mente di assicurare ancor più, e vivente lui, a Paolo la somma di cui voleva gratificarlo. Quindi si presumerà, salva

(*a*) *Quando colui il quale abbia legata la proprietà d'un immobile l' abbia accresciuta con acquisti posteriori, questi, ancorchè contigui, non si presume che facciano parte del legato, senza una nuova disposizione: si presume il contrario riguardo agli abbellimenti, alle nuove fabriche fatte sul fondo legato, o di un recinto di cui il testatore abbia ampliato il circuito, giusta l' art.* 1019 † 973.

È ciò applicabile al caso della donazione fatta con riserva di usufrutto? Grenier, l. c. num. 317, *opina che no, e ne dà sufficiente ragione.*

Il legatario particolare, anche quando il legato è puro e semplice e di un corpo certo e determinato, non

---

la pruova contraria, che le due disposizioni non ne forman che una, e che debb'esser fatto compenso almeno fino alla concorrenza. Questa distinzione sembra consacrata dal suffragio de' romani giureconsulti. (V. le leggi 4 ff. *de dotis collat.* 22 ff. *de legat.* 2., e 11 *Cod. de legatis.*) (*a*)

Pel caso in cui le due disposizioni fossero state fatte con due testamenti diversi, vedete qui sopra la nota 239 p. 189.

Quid, se un malato consegna ad uno de' suoi amici il biglietto del suo debitore con ordine di restituirlo a lui creditore se torna in salute; e se viene a morire, al debitore? Io credo valida questa disposizione (L. 3, §. 2 ff. *de liberat. leg.*); ma come donazione *causa mortis*; per conseguenza non avrà essa luogo che *deducto aere alieno*. Nè osta che questa disposizione non è rivestita delle forme testamentarie, giacchè nella stessa guisa che una donazione di effetti mobili è valida senza alcun atto allorchè è accompagnata dalla tradizione reale, così quella di cui si tratta essendo accompagnata da una specie di tradizione, non ha bisogno di essere rivestita di formalità alcuna. (V. qui sopra la nota 94 p. 94, e due decisioni citate dall'annotatore di Ricard, nella giunta al cap. 5 della 1. par. del *Trattato delle donaz.* sez. 1. §. 1.)

Quid se alcuno lega al suo debitore ciò che gli deve, e che riceva il suo pagamento essendo ancora in vita? Il legato è caduco. Osservate in fatti che non è la somma dovuta la quale è legata, giacchè il debitore n'è proprietario (art. 1893 † 1765), *et nemini res sua legari potest*; il legato è dunque semplicemente quello della liberazione del credito: ora quando il credito più non esiste, non può esservi liberazione.

Quid, se il legato di liberazione è fatto ad uno dei due debitori solidali? Il legato è valido, ed il debito estinto anche riguardo all'altro debitore, ammenochè il testatore non abbia manifestato espressamente la contraria intenzione (art. 1285 † 1239). Ma in quest'ultimo caso, e per determinare ciò che la successione può domandare al debitore che non è liberato, poniamo la seguente ipotesi.

(*a*) Quid *nel caso seguente: io lego a mia figlia mille scudi per prelegato; dopo il mio testamento la marito, e le dò in dote i mille scudi prelegatile senza parlar del mio testamento. Può essa alla mia morte oltre alla sua dote esigere il legato di mille scudi contenuti nel mio testamento che io non ho rivocato? Il sig.* Malevile *fa la stessa distinzione insegnata dal nostro autore, ed opina colla scorta delle stesse leggi che nol possa, perchè la costituzione della dote è posteriore al testamento.* Toullier *trova questa distinzione senza fondamento, e gli sembra che il legato fatto alla figlia non debba confondersi colla sua dote, al pari che il legato fatto all' estraneo non si confonde col suo credito, a meno che non apparisca essere stata diversa l' intenzione del testatore.* (*V.* *nella cit. di lui* opera a questo *tit. il num.* 533).

può mettersi da se stesso in possesso della cosa legata, ma è tenuto a domandarne il rilascio (297), secondo l'ordine stabilito pei legatarj a titolo universale (198)

Tizio e Cajo sono debitori solidali. Il creditore lega a Tizio ciò che questi gli dee. Ma dalle parole del testamento risulta che il creditore non ebbe in animo che Cajo profittasse della liberazione. Io dico cha in questo caso medesimo bisogna pur fare una distinzione fondata sul principio che dee sempre presumersi aver voluto il testatore che il legato giovasse a Tizio.

In conseguenza se Tizio era solo interessato nel debito, l'erede nulla potrebbe domandare neanche a Cajo; giacchè, siccome allora Cajo potrebbe ripetere da Tizio tutto quello ch'egli avesse pagato (art. 1216 † 1169), ne risulterebbe che il legato fatto a Tizio gli sarebbe interamente inutile. Ora *omne legatum debet esse utile legatario.* Se Tizio non era solo interessato nel debito, l'erede avrà azione contra Cajo, ma solamente fino alla concorrenza del suo interesse. In fatti, s'egli fosse obbligato di pagare dippiù, avrebbe un regresso contra Tizio. Per la stessa ragione se Cajo fosse solo interessato nel debito; l'erede avrebbe contro di lui azione pel totale.

Quid, se lo stesso legato è fatto al fidejussore? Il debitor principale non è liberato. (art. 1286 † 1240.) Ma se il legato è fatto al debitor principale, il fidejussore è liberato. (V. il §. precedente).

(297) Nè osta che il legatario particolare si presume in possesso sin dal momento della morte, pel di cui motivo trasmette ai suoi eredi: mentre egli si presume investito soltanto della proprietà, ch'è di dritto. Ma quanto al possesso, ch'è di fatto, bisogna ch'egli lo domandi all'erede. È di lui come degli eredi di un assente, i quali son riputati investiti della proprietà dal momento della scomparsa, e che ciò non ostante sono obbligati di farsi immettere nel possesso dal tribunale.

(298) *Quid*, se il legato è di un oggetto mobile, e che vi sia un esecutore testamentario che abbia l'investimento? La domanda debb' esser rivolta contra l'erede, e l'esecutore testamentario debb' esser citato per dichiarazione di giudizio comune. La domanda debb' esser fatta all'erede, poichè appartiene a lui l'acconsentire all'esecuzione del testamento; e dee farsi intervenire l'esecutore testamentario poichè spetta a lui di soddisfare il legato dietro il consenso volontario o forzato dell'erede.

Osservate che se pel testamento evvi una persona incaricata specialmente di soddisfare il legato sulla sua parte, contra lei soltanto la domanda va diretta, avendo ella sola interesse ad impugnarla. In una parola, il principio generale su questo punto si è, che coloro i quali profitterebbero della caducità del legato sono i soli contro cui la domanda pel rilascio debb'esser diretta, poichè eglino soltanto hanno interesse ad impugnare il legato (*a*).

(*a*) *Veggasi nel Grenier, l. c. num.* 299, *l'esame della quistione se possa un testatore ordinare validamente nel suo testamento, che il legatario di sua propria autorità, e senza bisogno di alcuna formalità, specialmente della dimanda di rilascio, si metta in possesso dell'oggetto legato.*

nè può pretendere i frutti od interessi (299) che dal gior-

---

(299) *Quid*, se il legato è di frutti? Per es.: *lego i frutti che saranno pendenti dalle radici su tale terra nel momento della mia morte*. Questi frutti son certamente dovuti, ma come capitale e non come frutti: se fossero stati raccolti dall' erede nel caso in cui il legatario non si fosse presentato, questi non potrebbe reclamare gl' interessi della somma rappresentativa di tali frutti che dal giorno della domanda.

Quid, se il legato è di un usufrutto? In questo caso, siccome l' usufrutto è una cosa distinta dalla percezione de' frutti, *cum ususfructus consistat in jure, perceptio vero fructuum in facto*, m' è avviso che si debba paragonarlo ad una rendita vitalizia, e riguardarlo come un essere morale produttivo di frutti. Non sarebbero dunque i frutti dovuti che dal giorno della domanda.

Quid, se il legato consistesse nella remissione di un debito portante interesse? Io penso che allora il legato potendo acquistarsi a via di eccezione, non si può forzare il legatario di far la domanda pel rilascio. Gl' interessi cesseranno dunque di pieno dritto dal giorno della morte. Dee dirsi altrettanto, avuto riguardo ai frutti, del legatario il quale è già possessore sotto qualche altro titolo della cosa legata.

Quid se è un prelegato? Siccome il prelegatario è investito in qualità di erede, io penso che non si può forzarlo a formare una domanda. Egli è vero che non è investito se non per la sua parte, e che *stricto jure* dovrebbe dirigere la domanda contro i suoi coeredi, ciascuno per la sua parte; ma *res amare tractandae non sunt inter coeredes*. E sembra che tale era anticamente l'uso. Si vegga un arresto del 9 agosto 1604 riferito da Brodeau lettera H, *somm.* 16, n. 3, e da Choppin, *de privil. rustic.* lib. 3, cap. 7, n. ult. Si vegga pure Chabrol sulla Costumanza di Alvergna, cap. 12, art. 42 quest. 4.

Quid, se il legato è a termine o sotto condizione? I frutti non decorrono a vantaggio del legatario che dal giorno della domanda fatta dopo la scadenza del termine, o l' evento della condizione. (L. 21 ff. *de opt. vel elect. legata.*)

Quid, se la cosa legata è un fondo rustico che avea frutti pendenti nell' epoca della morte, e che la domanda del rilascio non sia stata fatta se non dopo il ricolto? Ricard, par. 2 n. 117, crede che i frutti raccolti appartengono al legatario; poichè, egli dice, facevano parte del legato che l' erede non ha potuto col suo fatto diminuire. Egli si appoggia su tal soggetto alla legge 27 ff. *de usufructu*. Lebrun è pure di questo avviso. Pothier, sulla Costumanza di Orleans (*dei Testamenti*, sez. 6, art. 2, §. 4, n. 96), adotta l' opinione contraria. A me sembra che nessuno di questi autori abbia colpito il vero punto della difficoltà. In effetti, richiamiamo il principio che la cosa debb' esser consegnata nello stato in cui si rattrova all' epoca della morte, e che d' altra parte i frutti prodotti dalla cosa, dopo la morte ma innanzi la domanda del rilascio, appartengono all' erede. Ciò posto, se, giusta l' opinione di Ricard, l' erede è obbligato di rendere al legatario i frutti provegnenti dalla ricolta che era pendente nel tempo della morte, è chiaro che la cosa gli sarà consegnata in uno stato migliore di quello in cui trovavasi nello stesso momento, giacchè certamente un

1014 no di siffatta domanda, o da quello in cui gli si fosse
968 volontariamente accordato detto rilascio (300).

Sonovi per altro due casi ne' quali i frutti ed interessi decorrono a vantaggio del legatario, dal giorno della morte, e senza domanda:

---

ricolto immaturo non vale quanto lo stesso ricolto maturo e tagliato. D'altronde avverrà in tal modo che il legatario avrà profittato de'frutti dal momento della morte contra l' espresso tenor della legge. Per l' opposto, se si aggiudicano questi frutti all' erede secondo l' opinione di Pothier, la cosa sarà consegnata in uno stato peggiore di quello in cui era all' epoca della morte, mentre un suolo coverto vale più di un suolo affatto nudo. Io sono dunque di sentimento che bisogna stimare l' aumento che la circostanza de'frutti pendenti doveva dare alla terra, dietro lo stato in cui trovavansi nel tempo della morte, e che questo aumento dee far parte del legato, e va per conseguenza in tutti i casi dovuto al legatario. Quanto alla legge 27 ff. *de usufructu*, è manifesto, come dice Pothier *loco citato*, ch' essa debb' esser intesa circa il caso in cui l' usufruttuario è entrato nel godimento prima del ricolto; giacchè altrimenti ei non avrebbe avuta veruna parte ne' frutti (*a*).

Allorchè il fondo legato è rimesso al legatario con i frutti pendenti, debb' egli conto dell' aratura o della semina? Bisogna distinguere: se queste spese sono state fatte dall' erede, è chiaro che il legatario ne dee conto: non già, se sono state fatte dal testatore. Mentre, lo ripetiamo, l' oggetto si reputa legato come trovavasi nel momento della morte; ora in quell' epoca le spese erano fatte. Quindi, quand'anche tali spese si trovassero ancora dovute dal testatore, non sarebbero meno a carico della successione.

Quid, se il legato è di un corpo certo, non essendo di natura da produrre nè frutti nè interessi? Bisogna adottare a tal riguardo la distinzione della legge 3 §. 4 ff. *de usuris*. Se pare l' intenzione del testatore essere stata che l' oggetto fosse venduto dal legatario, onde col prodotto soddisfar qualche peso o fare altra spesa qualunque, gl' interessi del valore, in moneta, dell' oggetto legato sono dovuti dal giorno della domanda. Diversamente nel caso contrario. (Ricard, *ib.* n. 119).

(300) Il testatore potrebbe dispensare il legatario dalla necessità di formar la domanda per rilascio? Mi pare di sì. Ma questa disposizione non può aver altro effetto che di far decorrere gl' interessi o i frutti dal giorno della morte; dappoichè se l' erede ricusa di consegnare la cosa, bisognerà che il legatario agisca per farlo condannare al rilascio.

(*a*) *Esamina pure Grenier questa quistione, n. 303 l. c., e riporta il ragionamento più sottile che solido contrario alla disposizione della legge che non fa alcuna distinzione sulla domanda del rilascio, e conclude che " sotto qualunque rapporto si considerino i frutti " nell' esposto caso, relativamente all' usufruttuario, essi sono sempre " rendite ordinarie rispetto a colui il quale ha il possesso; ed il far " suoi i frutti sino alla domanda di rilascio è una conseguenza necessaria di tal possesso. "*

1. Quando il testatore ha intorno a ciò dichiarata espressamente la sua volontà nel testamento (301).

2. Quando sia stata legata, una rendita vitalizia od una pensione a titolo di alimenti (302). 1015 969

I legati particolari debbono essere soddisfatti dagli eredi legittimi o instituiti, i quali ne sono personalmente tenuti, *pro rata* della porzione di cui partecipano nella eredità, ed ipotecariamente per lo tutto (303), fino alla

---

(301) Sia in quello che contiene la disposizione principale, sia in altro posteriore. Ma è d' uopo che questa dichiarazione sia fatta per testamento, perchè essa è realmente una nuova disposizione.

(302) DOMAT aggiunge un terzo caso che è giusto (lib. 4, tit. 2 sez. 8, art. 3). Ed è quando l' erede avesse nascosto il testamento. Egli debb' essere allora condannato ai danni ed interessi, ne' quali si faranno entrare i frutti o interessi della cosa legata. È questo altresì l' avviso di POTHIER, Costumanza di Orleans, dei *Testamenti*, sez. 6, art. 2, §. 4, n. 96 (*a*).

(303) Il Codice ha seguita l' opinione di BACQUET e di RESUSSON, rigettando quella di POTHIER e di RICARD, i quali uniformemente alla legge 1. Cod. *comm. de legatis*, pensavano che in nessun caso l'azione ipotecaria potesse essere estesa più della personale. Questa ipoteca è dunque del numero di quelle che in dritto son chiamate *legali*, poichè è stabilita dalla legge sola indipendentemente da qualunque convenzione. Ma badate che questa ipoteca non ha effetto che riguardo ai debitori del legato e de' loro aventi causa, e non riguardo ai creditori della successione, i quali debbono essere preferiti ai legatarii, come l' abbiam veduto al Titolo delle *Successioni*, e dietro la massima : *nemo liberalis nisi liberatus*. (V. qui sopra la nota 250 p. 204). Essa non ne avrebbe di vantaggio riguardo agl' immobili che fossero stati specialmente legati ad altri legatarii. Diversamente, ciò sarebbe favorire i legatarii di quantità in pregiudizio di quelli di corpi certi. D' altronde questa ipoteca non può incominciare che contra l' erede, e tali immobili non gli sono mai appartenuti. Indi risulta che se questi legati fossero caduchi, gl' immobili che vi sono compresi andrebbero colpiti dall' ipoteca de' legatarii, poichè diverrebbero allora proprietà dell'erede. Questa ipoteca colpirebbe forse gl' immobili scaduti agli eredi le-

---

(*a*) *Il* GRENIER, *l. c. num.* 298, *vi aggiunge il caso in cui coloro ai quali si dovea chiedere il rilascio vi abbiano volontariamente acconsentito giusta gli articoli* 1005 *e* 1014 † 931 *e* 968. *Se il rilascio si sia consentito volontariamente entro l' anno, dal dì della morte del testatore, gl' interessi o i frutti son dovuti al legatario dal detto giorno ; nel modo stesso che se vi sia stata semplicemente una domanda formata fra tal periodo, ai termini degli stessi articoli, quando il rilascio è stato consentito dopo tal periodo, gl' interessi ed i frutti corrono solo dal giorno di tal consenso, qualora non vi sia una convenzione in contrario.*

concorrenza del valore degl' immobili della eredità di cui sono detentori. Nondimeno se il testatore ha incaricato uno solo a soddisfare il legato, non sarà tenuto che questo solo (304).

1017
971

---

gittimarii per la loro riserva? Io non lo credo. In effetti, non possono costoro esser tenuti come rappresentanti del testatore, poichè il testatore non era tenuto de' legati. D' altra parte essi non ne sono tenuti in virtù del quasi-contratto di adizione di eredità, poichè a' termini dell' art. 1009 † 935, questo quasi-contratto li obbliga verso i legatarii. Ora, dietro l' art. 1017 † 971, non v' ha che gl' immobili scaduti a quelli i quali sono debitori de' legati che sieno sottoposti all' azione ipotecaria de' legatarii. Finalmente la riserva è considerata come una specie di debito, pagabile in vero dopo tutti i creditori del defunto, ma pagabile altresì prima di tutti i legatarii.

(304) Il testatore può egli imporre ad uno de' suoi eredi o legatarii l' obbligo di adempiere tutti i legati, o tali legati particolari? Si senza dubbio; purchè, se il gravato sia un legittimario, non ne risulti diminuzione alla riserva legale. In questo caso i legatarii non hanno azion personale che contro di colui il quale è stato incaricato di soddisfare i loro legati. Ma avrebbero essi almeno l' azione ipotecaria contra gli altri eredi detentori degl' immobili della successione? Mi sembra che dovrebbe decidersi negativamente. In effetti quando il testatore ha fatto un legato in generale, senza indicar la persona che dee soddisfarlo, è presunto averne costituito un peso di tutta la sua successione; e se per un motivo di grande utilità la legge ha voluto che ciascun degli eredi non fosse personalmente tenuto del detto legato se non per la sua parte e porzione, essa ha raddolcita siffatta disposizione, la quale forse non è troppo equa, concedendo ai legatarii un' azione ipotecaria la quale dà loro il diritto di seguire gl' immobili della successione fra le mani di qualunque detentore. Ma quando il testatore ha destinata la persona la quale dee soddisfare il legato, egli ha così dichiarato che non intendeva che il legato fosse considerato come un peso di tutta la di lui successione, ma solamente della parte di colui che è incaricato di soddisfarlo. Il legatario è dunque in questo caso creditor personale di quest' ultimo, e non della successione. Egli avrebbe senza dubbio, come qualunque altro creditore, il diritto di intervenire alla divisione per sopravegghiare acciò la parte del suo debitore non sia composta in un modo pregiudizievole ai suoi interessi; egli avrebbe ancora in virtù dell' art. 1017 † 971, un' azione ipotecaria sugl' immobili della successione che cadessero nella parte di questo debitore: ma qui terminerebbe il suo diritto; ed io non credo che potesse esercitare alcuna azione sulla parte degli altri eredi.

Il principio che gli eredi non sono personalmente tenuti de' legati senonchè ciascuno per la sua parte e porzione, soffre ancora una eccezione nei casi seguenti:

1. Allorchè la cosa legata è indivisibile. Ciascun degli eredi è tenuto pel tutto;

2. Allorchè essa è un corpo certo. L' erede che n' è possessore può essere perseguitato pel tutto;

Quando il legato è di un corpo certo e determinato, l' erede od altro debitore del legato non dee assolutamente dar altro che la cosa stessa legata. In conseguenza, egli è liberato, ed il legato è caduco, se la cosa legata è intieramente perita (305), tanto avanti

3. Finalmente se l' intenzione del testatore è stata che il legato non potesse essere soddisfatto parzialmente. Si può allora agire pel tutto contra ciascuno degli eredi. La presunzione dell' intenzione può risultare dalla natura del legato, per es., se trattasi di una pensione alimentaria. (L. 3. §. 1. ff. *de alim. vel. cib. legatis*).

Tutte queste eccezioni sono fondate su ciò ch' è prescritto nell'art. 1221 † 1174.

In tutti i casi l' erede che ha pagato la totalità del legato ha il suo regresso contro de' coeredi.

Quid, se il testatore ha dichiarato il legato di una somma in contante, per esempio, pagabile non da una certa data persona, ma su d' una data natura di beni, *puta* sul mobiliare? I giudici dovranno in questo caso decidere, se tale assegnazione sia dimostrativa o limitativa. V. di sopra la nota 249 p. 201 nel fine. Ma se vien giudicato ch'essa è limitativa, come ed in qual proporzione saranno pagati i debiti della successione? Dovranno esser essi pagati proporzionalmente sul mobiliare e sugl' immobili, quand' anche il mobiliare si trovasse diminuito in modo da non esser sufficiente alla soddisfazione del legato? La negativa giudicossi dalla Cassazione, con ragione, nel 19 febbraio 1821, (Siaay, 1821, par. 1, p. 208) sul fondamento che questo legato è un legato particolare, e che egli è contro i principii di far contribuire al pagamento pe' debiti il legatario particolare.

(305) *Quid* se ne rimane qualche cosa? Bisogna distinguere: se la cosa è perita dopo la morte del testatore, ciò che resta è dovuto in tutti i casi, poichè il legatario essendo stato investito della proprietà di tutta la cosa dal momento della morte, ha egualmente dritto su tutto ciò che ne faceva parte, sia come cosa principale, sia come accessoria. Ma se la cosa perì durante la vita del testatore, per determinare il dritto che il legatario può conservare su tutto il resto, bisogna prima distinguere se questo resto può esser riguardato come la cosa principale, o come facendone parte. In questo caso può esser reclamato dal legatario; ma se ciò che resta non può essere riguardato che come l' accessorio della cosa legata, il legato è interamente estinto. (Leg. 1. ff. *de peculio legato*); ed il giureconsulto ne dà la ragione nella legge 2. *quia quae accessionum locum obtinent extinguuntur quum principales res extinctae fuerint.*

Poichè bisogna, onde il legato sia caduco, che la cosa sia interamente perita, dobbiam conchiuderne che non si ha da adottare la decisione della legge 65 §. 1, ff. *de leg.* 2. portante che se una muta di quattro cavalli, *quadriga*, è stata legata, e che il principale dei quattro cavalli sia perito, il legato è nullo, poichè la muta non esiste. Questa decisione, già riprovata da Ricard, 3. parte n. 369 e seguenti, è d' altronde contraddetta da quella della legge 22, ff. *de leg.* 1.,

che dopo la morte del testatore; purchè però in

ov' è scritto che se una mandra di bovi è stata legata, e che non ne resta che un solo alla morte del testatore, esso è dovuto al legatario. Or certamente non esiste più mandra.

Può accadere che la cosa legata non esista più *in specie* nel momento della morte del testatore, ma nondimeno esista in materia; come, se fosse stata legata l' argenteria e che il testatore ne avesse fatto fare delle verghe. Per risolvere le quistioni che possono sorgere in tal soggetto, bisogna accuratamente distinguere la forma dalla materia. È la forma che d'ordinario costituisce la cosa, *forma dat esse rei*. Il legato di una carrozza non è il legato de' diversi materiali che la compongono; del pari che il legato di questi materiali presi insieme o separatamente, ma dinotati come materiali, non sarebbe il legato della carrozza. La forma può dunque cambiare senza che la materia perisca; ed il legato della cosa non n'è meno caduco; come d'altra parte la materia può perire, ed il legato non è meno valido, se la forma non è cambiata. Esempio del primo caso: si è legato un battello: questo battello è stato quindi sfasciato e col legname si è fatta una carretta. La materia sussiste; ma la forma è cambiata: il legato è nullo. In effetti il battello non è dovuto, poichè non esiste più; la carretta non l'è di vantaggio, poichè non è essa la cosa legata. Il legatario non avrebbe maggior dritto alle tavole quando non fossero state impiegate. (L. 88, §. 2. ff, *de legatis* 3.). Del pari, se sono state legate delle tavole e che con esse il testatore abbia fatto costruire un battello o un mobile, il legatario non ha che reclamare. (L. *ead.* §. 1.). In verità il §. 3. della stessa legge decide, che se una verga di metallo è stata legata, il legatario può reclamare i vasi fatti con tale verga. Ma questa decisione appartiene alla dottrina de' giureconsulti chiamati *erciscundi*, i quali distinguevano se la materia poteva o no riprendere la sua prima forma, e che nel caso dell'affermativa aggiudicavano la nuova opera al legatario, e dichiaravano nel caso opposto nullo il legato. Questa dottrina non è presso di noi ammessa. (Art. 570 † 495). Io direi dunque, dietro ciò ed anche per analogia coll' art. 1038 † 993, che si vedrebbe nel cambiamento di forma qualunque siasi una pruova del cambiamento di volontà del testatore, e che nel caso del §. 3. della legge 88, il legato sarebbe parimente dichiarato nullo, giacchè non si può dire che de' vasi siano una verga (*a*).

Per la stessa ragione se una donna ha legato i suoi braccialetti di diamanti, e che, dopo il suo testamento, sformando que' braccialetti, abbia cogli stessi pezzi fatto lavorare una collana, il giureconsulto Marcello decide che il legato è estinto. (L. 6. § 1. ff. *de auro*, *argento* ec.). E ne dà due ragioni: la prima che *id quod te-*

(*a*) *Potrebbe opporsi che nell' art.* 1018 † 972 *si dice che la cosa legata sarà rilasciata* nello stato in cui si troverà *nel giorno della morte del testatore; ma sempre la* cosa legata *è quella che dee rilasciarsi. Or nel supposto caso l' oggetto legato non più esiste, essendosene cangiata la forma ed il nome.*

quest' ultimo caso la perdita non provenga dal fat-

---

stamento datum est in sua specie non permansit; e la seconda che *dissolutione et permutatione tali voluntas quoque videatur mutata.* Finalmente se il legato è di un credito e che il credito sia stato rimborsato vivente il testatore, il legato è estinto. (L. 21. ff. *de liberat. legat.*). Sarebbe altrimenti se il legato fosse di una somma da prendersi da tal credito. Il legato rimarrebbe valido quand' anche il credito fosse rimborsato. V. la nota 250 p. 204.

Esempio del secondo caso: una barca o una casa fu legata, e sono state in seguito talmente riparate che non rimane più un solo de' materiali che le componevano nell' epoca del testamento. La materia dunque non esiste più; ma la forma non è cangiata. Il legato è dunque valido. (L. 65 §. 2. ff. *de leg.* 1.).

Bisogna del rimanente osservare che tutte queste decisioni vanno subordinate alla pruova dell' intenzione del testatore, tutte le volte ch' è possibile lo scoprirla (*a*).

Quid, se una casa è stata legata e che sia quindi andata in fiamme vivente il testatore, il suolo è dovuto? Io penso che sì. Esso faceva parte del legato. Veramente, siccome lo abbiamo qui sopra stabilito, quando la cosa principale perisce vivente il testatore, il legatario non può reclamare nemmeno l' accessorio: ma qui al contrario è l' accessorio che ha perito; il terreno è la cosa principale, *aedificium solo cedit*. La regola non è dunque applicabile. Per la stessa ragione io credo che se il testatore avesse fatto costruire una nuova casa sul sito dell' antica, essa apparterrebbe al legatario. Dapoichè, dietro l' art. 1019 † 973 se il terreno solo fosse stato legato, e che il testatore avesse fatto edificare una casa, questa sarebbe dovuta; dunque ec. I Romani non erano d' accordo su queste diverse quistioni. Se un terreno era stato legato e che su di esso il testatore avesse fatto fabbricare una casa, la legge 44 §. 4 *de legatis* 1.° decideva che il suolo e la casa erano dovuti al legatario. La stessa decisione, si ritrova nella legge 39 ff. *de leg.* 2. Al contrario la legge 79 §. 2. ff. *de leg.* 3. stabiliva che in questo caso il legato era annullato. Cujacio confessava di buona fede ch' egli avvertiva qui un' antinomia. Ricard, *ibid.* n.° 396, ha inutilmente procurato di conciliare queste diverse leggi. D' altra parte se il testatore avea legato una casa, e che, essendo rimasta consumata interamente dal fuoco, egli ne avesse fatta rifabbricare un' altra, decidevano essi che il legato era caducato, a meno che il legatario non provasse che il testatore avea perseverato riguardo a lui nella medesima volontà. (L. 65 §. 2. ff. *eod.*). Io confesso che non posso concepire questa decisione; essa in effetti suppone che nel legato di una casa, la casa è appunto la principal cosa, e che il suolo non è riguardato che come l'accessorio: mentre è massima che il suolo è la cosa principale, talchè le casa fabbricata da un terzo con i proprii materiali sul suolo di un altro, appartiene al proprietario del suolo.

(*a*) *Quando si tratta di quistione sull' intenzione del testatore essa dipende da tante circostanze che dee perciò necessariamente esser abbandonata alla sagacità e prudenza de' giudici.* Voluntatis defuncti quaestio in aestimatione judicis est, *L.* 7. *Cod.* de fideicomm.

to (306) o dalla colpa (307) dell' erede. Anzi questi non è tenuto a rispondere della perdita della cosa, accaduta dopo essere stato costituito in mora per lo rilascio, 1042 allorquando può provare che la cosa stessa avrebbe dovuto 997 egualmente perire presso del legatario (308).

Ma se la cosa esiste, debb' essere rilasciata con gli accessorii necessarj (309); e se l' oggetto donato tra'vivi

---

Se dunque il suolo è la cosa principale, la perdita della casa non ha potuto annientare il legato del suolo; ed in tal evento il legatario ha dritto di domandarlo, non meno che tutte le costruzioni le quali han potuto esservi fatte dal proprietario, a norma del citato art. 1019.

La stessa decisione non avrebbe luogo se l' usufrutto soltanto della casa fosse legato. Noi abbiamo osservato i motivi della differenza al Titolo *dell' usufrutto*. V. la nota 66 Vol. 3 p. 224).

(306) Basta il fatto per parte dell' erede, e quando non vi fosse colpa dal canto suo. Per comprendere questa distinzione bisogna rammentarsi un principio che noi abbiamo avuto già occasione di stabilire, *qui rem quasi suam neglexit in culpa non est*. Se dunque è stato legato un mobile, e che l' erede ignorando il testamento ne abbia disposto, egli ne dee il prezzo. L. 112 §. 1 ff. *de legatis* 1). Eppure non vi è colpa; giacchè egli ha disposto della cosa come a lui appartenente. Ma vi è un fatto dalla sua parte, e ciò basta. *Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare* (L. 91 §. 2 ff. *de verborum obligat.*) Se egli avesse conosciuto il testamento quando dispose dell'oggetto, allora vi sarebbe dolo, ed egli andrebbe condannato non solo a pagare il valore, ma ancora ai danni ed interessi del legatario.

(307) Di qual colpa è tenuto l' erede? I Romani decidevano ch'ei fosse tenuto della colpa lieve (L. 108 §. 12 ff. *de legatis* 1); vale a dire che gl' incombeva di adoperare per la conservazione della cosa le cure di buon padre di famiglia. Lo stesso sarebbe presso di noi (art. 1137 † 1091).

Quid, se vi sono più eredi e che la cosa sia perita pel fatto o per la colpa dell'un di loro? Gli altri sono liberati (L. 48 §. 1 ff. *de legatis* 1). Essi non sono debitori solidali; ciascuno è tenuto per la sua parte. Il fatto dell' uno è per gli altri un caso fortuito di cui non sono mallevadori. Ma il legatario avrà l'azione pel tutto contra il coerede pel fatto o la colpa del quale la cosa è perita.

(308) V. l'art. 1302 † 1256 e la nota 405 al Tit. seg. nel vol. 6.

(309) Vale a dire senza de' quali la cosa non potrebbe servire al suo uso ordinario. Se dunque una muta di cavalli è stata legata, il fornimento è dovuto. È lo stesso del castello dell'oriuolo. Così, se il fondo legato è chiuso, e che non vi sia altro mezzo da pervenire da esso alla strada pubblica che passando per un fondo appartenente alla successione, l' erede dee dare gratuitamente il passaggio (L. 1, §. 1, ff. *si ususf. petat*). Per la stessa ragione tutte le spese della immissione in possesso, ed in generale tutte quelle che sono necessarie per mettere il legatario in grado di godere della cosa legata, sono a carico dell'erede (L. 39, ff. *de leg.* 1.°). Peraltro noi vediamo dall' art. 1016

o con testamento è un terreno, il bestiame e gli utensili inservienti alla sua coltivazione si reputano sempre compresi nella donazione. La cosa legata debb' egualmente rilasciarsi nello stato in cui si trovava nel giorno della morte del testatore (310). Se dunque questa era in tal

1064
1020
1018
972

† 970 che i dritti di registro sono dovuti dal legatario. Era lo stesso nell' antica legislazione; l'erede non era tenuto di pagare i dritti di mutazione. (Ricard, *delle Donaz.*, par. 2, n. 48).

Quid, riguardo ai titoli di proprietà degli oggetti legati? Presso i Romani l'erede poteva conservarli, guarentendo al legatario che in caso di bisogno con essi lo sosterrebbe (L. 24 Cod. *de fideicomm.*), e Ricard segue questa opinione (*ibid.* n. 54). Io credo che sarebbe altrimenti nel dritto attuale (arg. tratto dall' art. 842 † 761), e che questi titoli dovrebbero esser rimessi ai legatarii a carico di sostenere essi l' erede.

Quid se la cosa principale è perita? Noi abbiamo esaminata siffatta quistione nella nota 305 p. 250, ed abbiamo detto che bisognava distinguere: se essa è perita vivente il testatore, il legatario non può reclamar l' accessorio (L. 1 e 2 ff. *de Pecul. legat.*), perchè l' accessorio non è dovuto che quando il principale è dovuto egualmente: ora qui il principale non è mai stato dovuto. Ma se la cosa è perita dopo la morte del testatore, il legatario essendo stato investito del possesso della proprietà del principale e dell' accessorio, può reclamar ciò che resta (*a*).

Per conoscere come dee intendersi il legato di una casa mobigliata o di una casa con tutto quel che si trova, vedete al Libro 2, Tit. 1, cap. 1, la sez. 2.

(310) Bisogna ciò intendere nel senso che l' erede è risponsabile delle degradazioni commesse sull' oggetto legato e ch' egli ha potuto impedire (art. 1136 e 1137 † 1090 e 1091), come avrebbe dritto di essere indennizzato delle spese che gli fosse costata la conservazione della cosa. Ma quanto alle migliorie o deteriorazioni intrinseche o fortuite che la cosa ha potuto sperimentare dopo la morte del testatore, è chiaro ch' esse riguardano il legatario, poichè egli è divenuto proprietario all' epoca di detta morte.

Ove la cosa legata debb' essere consegnata? Bisogna distinguere: se

(*a*) Quid *se nel caso di evizione sofferta dal testatore gli sia rimasta un' azione per lo ricupero di qualche somma o pei danni ed interessi, apparterrà essa al legatario? Se l' evizione avvenga dopo la morte del testatore contro al legatario, il legato si è consumato, e qualunque azione spettante al testatore si è trasferita a questo suo successore singolare. Però anche in questo caso non ha alcun regresso contro alla eredità del testatore; poichè l' esercizio di un atto di beneficenza non può mai dar dritto ad azione in garentia* ne co casu liberalitatis suae donator poenam patiatur, *l.* 62 *ff. de aedilit. edicto. V.* Grenier l. c. *num.* 323.

momento gravata di un usufrutto o d'ipoteca per un debito qualunque, anteriore o posteriore al testamento, il legatario 1020 non può pretendere ch' essa ne sia liberata (311), fuorchè 974 quando il testatore lo abbia espressamente ordinato (312). Ma se in conseguenza dell'azione ipotecaria egli è obbli-871 gato di pagare, come non è tenuto ai debiti, così rimane 792 1024 surrogato alle ragioni e dritti del creditore (313) contra 979 874 gli eredi od altri successori a titolo universale (*a*). T.

---

trattasi di un corpo certo, debb' esser rimesso nel luogo in cui era al momento della morte del testatore (L. 47 ff. *de legatis* 1). Se di una quantità, io stimo che debb'essere pagata nel luogo dell' apertura della successione; giacchè ai termini dell' art. 59 † 161 del Cod. di procedura è innanzi al giudice dell' apertura della successione che va portata la domanda del rilascio; ed in generale la cosa dee pagarsi là ov' è domandata (L. 38, ff. *de judiciis*, e 67 §. 1, ff. *de legatis* 1).

(311) L' art. 1020 † 974 paragona qui l' usufrutto all' ipoteca, nel senso soltanto che l' erede non è tenuto di liberare la cosa in alcuno de'due casi. Quindi non sarà obbligato di pagare il debito ipotecario prima della sua scadenza. Ma vi è sempre questa diversità; che il legatario è obbligato di soffrire l'usufrutto senza regresso contra l' erede, laddove se egli paga per effetto della ipoteca, ha il suo regresso contro l'erede, come è detto nel testo e sta scritto nell'art. 874 † 974. Questa differenza proviene dal perchè l' usufrutto è uno smembramento della proprietà. Allorchè dunque il testatore ha legato un fondo soggetto ad usufrutto, egli ha legato il fondo meno l' usufrutto, *deducto usufructu*. Non è lo stesso dell' ipoteca, la quale non è che l'addire un fondo al pagamento di un credito di cui il legatario non è tenuto (*b*).

(312) Ma se il testatore ha fatto questa disposizione nel caso dell' usufrutto, egli ha veramente legata la cosa altrui, perchè allora l'erede è obbligato o di convenirsi con l' usufruttuario per ottenere la sua rinunzia all' usufrutto, o indennizzare il legatario, ciò ch' è veramente legare la cosa altrui nel senso in cui l' intendevano i Romani. Bisogna dire che sia un' eccezione all' art. 1021 † 975.

(313) Ma se il legatario è nel tempo stesso erede, potrebbe egli

(*a*) *L' art.* 1020 † 974 §. 1 *ha dato luogo a qualche difficoltà. Sulle prime si è supposta un' antinomia tra questo e l' art.* 874 † 974 §. 2, *mentre veramente non contiene che una eccezione agli articoli precedenti, e tutti sono perfettamente conciliabili. Indi si è supposto che l' ipoteca speciale fosse come un peso fondiario inerente all' immobile la di cui perdita dovesse cadere sul legatario. Ma questo è un errore, e giustamente il nostro autore sostiene non esser tenuto il legatario particolare ad alcun pagamento di debito, spiegando come debba intendersi l' espressione di render libera la cosa legata. Concorda in ciò col* Grenier *che più particolarmente esamina questa quistione nel suo trattato al num.* 318.

(*b*) *La Corte di cassazione di Parigi nelle osservazioni sul pro-*

Codesta disposizione è applicabile tanto più al legatario particolare di un usufrutto, al quale compete egualmente il suo regresso nel medesimo caso. 611 *536*

Per necessaria conseguenza del principio che il legato debb' essere rilasciato nello stato in cui esso si trova al momento della morte del testatore, il legatario d' uno stabile ha dritto a tutti gli abbellimenti, ed a tutte le costruzioni (314) fatte dal testatore sopra il fondo legato, dopo l' epoca del testamento.

Non è lo stesso degli acquisti posteriori al testamento, e che hanno accresciuta l' estensione del fondo legato. Non si reputa ch' essi facciano parte del legato, ancorchè contigui al fondo, a meno che questo fondo non sia un recinto (315), e che detti acquisti non ab-

---

esercitare la surroga pel tutto contra ciascuno de' coeredi detentori d' immobili ipotecati allo stesso debito, o solamente per la parte di ciascuno, a norma dell' art. 875 † 795? Io penso ch'egli non potrà esercitarla che per la parte di ciascuno. Questa decisione, se non nella lettera, è almeno nello spirito dell' art. suddetto che ha voluto evitare il circuito di azioni fra coeredi. Ora questo circuito avrebbe luogo nella nostra ipotesi ov' egli potesse agire pel tutto contra ciascuno de' suoi coeredi.

Osservate che il regresso del legatario contro dell' erede ha luogo quand' anche si trattasse di una rendita in origine fondiale; queste rendite essendo divenute essenzialmente redimibili, han perduto perciò il carattere di fondiali: banno dunque cessato di essere un peso speciale del fondo dato a censo, e debbono essere in tutto assimilate alle rendite costituite.

(314) Questa decisione mette fine alle controversie che nell'antico dritto esistevano e che traevano origine dalle leggi romane, le di cui decisioni sembravano contraddittorie, come l' abbiam veduto qui sopra alla nota 305 pag. 250. (V. le leggi 44 §. 4 ff. *de legatis* 1.° e 39 ff. *de legatis* 2.°, le quali decidevano, come il fa l' art. 1019 † 973 del Codice, e la legge 79, §. 2 *de legatis* 3.°, che sembra statuire il contrario e la di cui dottrina è stata con ragione riprovata).

(315) E che non sia stato legato come recinto, o come parte, o

getto di questo Titolo fu di avviso aggiungersi „ salvo il regresso del legatario contro l' erede, in caso che questo legatario fosse obbligato a pagare il debito ipotecario o a rilasciare il fondo „. Se tale addizione non si fece nel Codice civile ciò dovè avvenire perchè la credette inutile, stante le disposizioni contenute negli articoli citati, e particolarmente nell' art. 874 † 974 §. 2; *ma si è meglio spiegato nel corrispondente articolo delle nostre Leggi civili, come vedremo nelle seguenti* Osservazioni.

1019 biano servito ad ampliarne il circuito (316).

---

come fondo non formante che un tutto: per es. se il testatore ha detto: *Io lego il mio orto chiuso, il mio pezzo di terra, ec. di tal sito.* Ma s'egli avesse legato per misura, per es. se avesse detto: *Io lego dieci moggia di terra che ho nel tal sito*, io credo che quand'anche queste dieci moggia fossero chiuse, gli aumenti non apparterrebbero al legatario.

Osservate che la disposizione di questo articolo dee applicarsi a qualunque specie di chiusura, sia che abbia luogo per mezzo di un muro, o d'una siepe, o anche di un fosso.

(316) Sarebbe altrimenti se il recinto fosse stato donato tra vivi, che il donatore se ne fosse riserbato l'usufrutto, e che durante il suo godimento ne avesse allargato il circuito. Il donatario non potrebbe in alcun caso reclamare gli aumenti. La ragione della differenza si è, che il donatario ha l'immediato possesso dal momento della donazione, egli dee dunque prender la cosa com'era in quell'epoca. Il legatario all'opposto non è investito che al momento della morte; può dunque reclamar la cosa come allora si trova (*a*).

Per la stessa ragione, se il legato è d'una mandra il legatario può reclamare quella che trovasi al momento della morte, benchè sia molto più considerevole che al momento della formazione del testamento, e quand'anche non vivesse più alcuna delle bestie che esistevano allora; siccome ei non può reclamare che la mandra la quale esiste all'epoca stessa, ancorchè fosse molto minore.

Ma *quid*, se il numero delle bestie sia talmente diminuito che non possa più aver nome di mandra, il legato è valido ancora? La ragione del dubbio si trae da ciò che abbiam detto qui sopra alla nota 305 p. 250, cioè esser la forma *quae dat esse rei*, di maniera che, quand'anche sussistesse la materia, se la forma più non esiste, è estinto il legato. Or si può dire che qui la forma è stata cambiata, poichè è stata legata una mandra e mandra più non esiste. Nondimeno la legge 22 ff. *de legatis* 1. decide che il legato è valido. Il motivo di questa decisione si è che le cose di cui è quistione nella detta nota sono considerate come se non facessero che un tutto. Allorchè, per es., il testatore lega un battello, ei non considera le tavole che lo compongono, ma guarda il battello, ed è questo solo che ei vuole legare. Ma quando lega una mandra è certo ch'egli ha in mira il bestiame che la compone, talchè si può dire con Ricard, parte 3, n. 366, che indipendentemente dal legato della mandra in massa, vi ha tanti legati quante sono le bestie diverse; legati i quali possono sortire il loro effetto separatamente se alcuna di quelle periscano e che altre n'esistano ancora nell'epoca della morte.

(*a*) *Quindi affinchè l'oggetto aggiunto dopo la donazione con riserva di usufrutto appartenga al donatario, è indispensabile una nuova disposizione; e sembra esservene bisogno anche per le nuove fabbriche fatte sull'oggetto donato con questa riserva, poichè appunto perchè il dritto del donatario può esser limitato a quel che gli ha conferito la donazione, gli eredi del donante possono reclamare lo stesso dritto ch'egli avea di togliere i materiali e di rimanere i luoghi nello stato in cui erano nel tempo della donazione. V. Grenier l. c. num.* 317.

§. V.

Dell' esecuzione testamentaria.

Noi abbiamo detto che il testatore poteva incombensare una o più persone a vegliare all' esecuzione delle sue disposizioni. Queste persone si dicono *esecutori testamentarii* (317). 1025 *980*

(317) Sono questi esecutori i mandatarii del defunto, o piuttosto sono i mandatarii degli eredi e de' legatarii dal defunto nominati. Si formano dunque fra essi e gli eredi e legatarii presso a poco le obbligazioni istesse che fra un mandante e un mandatario.

Oltre che l' esecutore testamentario è un mediatore fra l' erede ed i legatarii, egli può esser utile sopra tutto nel caso in cui il testamento contiene delle disposizioni di cui nessuno ha interesse di affrettare l' esecuzione, come sarebbero delle preci in generale, l' erezione di una tomba al testatore, ec. Si trova nella Novella 58 dell' imperatore Leone una traccia dell' uso che, come pare, allora esisteva di nominare degli esecutori testamentarii.

L' individuo nominato esecutore testamentario può egli ricusare quest' ufficio? Sì senza dubbio, eccetto però nei casi seguenti.

1.° Se gli è stato fatto un legato sotto questa condizione e ch' egli l' abbia accettato; come, s' è detto: *io dono e lego a . . . . per le cure che gli cagionerà l' esecuzione del mio testamento.* Se il legato è stato fatto puramente e semplicemente, si credeva anticamente che il legatario poteva prendere il legato e ricusare l' esecuzione (Ricard, *delle Donaz.* par. 3. 236); ma io confesso che la disposizione delle leggi romane sembrami molto più equa: *omnibus qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis auferatur hereditas.* (*Paolo sentent.*, lib. 3, tit. 5.) E l' opinione di Ricard, su questo punto può sembrare tantopiù singolare in quantochè egli decide affatto diversamente nel caso in cui il legatario è stato indicato dal testatore per esser tutore de' suoi figli. Egli pensa che in questo caso, e quantunque il legato sia stato fatto puramente e semplicemente, il legatario che ricusa la tutela, quand' anche avesse una legittima scusa, debb' esser privo del suo legato. Ora, certamente le funzioni di tutore sono assai più onerose e di più lunga durata che quelle di esecutore testamentario; e per conseguenza colui, che le ricusa è ben più scusabile.

Il secondo caso nel quale l' esecutore testamentario non può ricusare si è quando egli ha cominciato ad amministrare: *contractus ab initio sunt voluntatis, et ex post facto necessitatis.* Se però ei si trovasse nella impossibilità di continuare la gestione senza soffrire considerevole danno, potrebbe allora rinunziare. (art. 2007 † 1879) (*a*).

(*a*) *Su questo secondo caso il nostro autore ha seguito il parere di Furgole cap. X, sez. 4 n. 21. Ma il nuovo* Denisart *sostiene l' opposto, alla voce* execution testamentaire. *V. per altro* Grenier, *l. c. num.* 330.

Questi esecutori non vanno più, come una volta ne' paesi regolati da consuetudini, *de jure* al possesso dei mobili della eredità. Nondimeno il testatore può ordinare ch' eglino avranno questo possesso (318) di tutti,

(318) Qual dritto dà loro l' investimento di questo possesso? Se il testatore non si è espresso a tal riguardo, l' esecutore testamentario il quale ha l' immediato possesso può, se tuttalvolta è ciò necessario pel pagamento de' legati mobiliari, far vendere a sua istanza i mobili, agire contro ai debitori della successione, e ricevere i pagamenti da essi fatti, non che il rimborso delle rendite costituite se alcuno ne viene offerto durante tal possesso. Ma se evvi contestazione dalla parte de' debitori, sia sul merito del debito stesso, sia sulla quantità ancora dovuta, l' esecutore testamentario dee chiamare in giudizio l' erede, poichè questi è proprietario e vi ha interesse. Altrimenti il giudizio sarebbe riguardo a costui come non accaduto, o almeno egli avrebbe dritto di formarvi opposizione di terzo (*a*).

L' esecutore testamentario potrebbe incassare le rendite degl' immobili? Quanto a quelle scadute al momento della morte, non avvi difficoltà: essendo cose mobili, esse di dritto cadono nell' investimento. Quanto a quelle che scadono dopo la morte, Ricard, *delle Donaz.*, part. 2, n. 77, è di parere che esse non vi sono comprese. Pretende egli che per la parola *mobiliare* bisogna intendere ciò ch' era tale all' epoca della morte. Ora, (ei continua) i frutti i quali in quell' epoca non erano ancora percepiti, erano immobili; dunque non sono stati compresi nell' investimento. A me sembra che questo raziocinio senta alquanto di sottigliezza. Supponiamo infatti che nella successione esista un immobile il quale sia affittato. Il prezzo del fitto si percepisce in virtù dell' azione *locati*. Quest' azione la quale trovavasi nella successione all' epoca della morte, è un' azione mobiliare; essa fa dunque parte dell' investimento non meno che i prodotti che ne risultano, come i fitti dovuti dai conduttori. Ora il dritto può egli essere differente, quando il testatore tiene la cosa per conto proprio? Quindi de la Combe *verbo* executeur testamentaire, n. 7, attesta che l' uso dello *Chatêlet* di Parigi era uniforme a quest' ultima opinione (*b*).

(*a*) *L' esecutore testamentario non possiede che come un sequestratario (giusta l' espressione di Molineo adottata dal nostro autore) in nome dell' erede o del legatario universale, il quale può far cessare il di lui incarico offrendo di depositare la somma sufficiente pel pagamento, quand' anche il testatore avesse incaricato l' esecutor testamentario di vender tutti i suoi beni, come lo decise la Corte di Bruxelles nel* 16 *marzo* 1811 (Sirey, 1812, 2. *par. p.* 41.)

(*b*) Toullier *è dello stesso avviso del nostro autore; ei lo riguarda come un uso stabilito anticamente che debb' esser mantenuto sotto l' impero del Codice* (*l. c. n.* 587).

Lo stesso dee dirsi maggiormente per le rendite perpetue o fondiali rese mobili dall' attuale legislazione, e del rimborso del capitale delle medesime, tutto che sia più sicuro pel debitore chiamarvi l' erede od averne il suo consenso (*l. c. n.* 586).

o di parte de' suoi beni mobili ; ma un tal possesso non potrà oltrepassare un anno ed un giorno, da computarsi da quello della sua morte (319). In tal caso, essen- 1026 *981*

L' esecutore testamentario che ha l' investimento è incaricato di pagare i debiti della successione? No; e ciò che il prova si è, che anche quando egli ha l' investimento, l' erede può farlo cessare, sol che giustifichi il pagamento de' legati mobiliari, o che offra per ciò la somma necessaria.

Se l' erede ricusasse all' esecutore testamentario l'immediato possesso che gli fosse stato accordato dal testatore, l' esecutore potrebbe egli agire nel possessorio, e per via di querela? Ricard, *ibid.* n. 73, è del parere negativo, non per la ragione che la querela non ha luogo per mobili, giacchè si pensava generalmente ch' essa potesse aver luogo per una universalità' di mobili; ma perchè il possesso dell' esecutore testamentario non è vero possesso che possa servir di base all' azione possessoria, non pretendendo egli alcun dritto *in re*, nè *ad rem* sui beni della successione. Esso è solamente una specie di sequestratario autorizzato dalla legge per facilitare il pagamento de' legati; l' esecutore possiede dunque soltanto a nome dell' erede, il quale è sempre il vero possessore e che avrebbe in tal qualità dritto di prescrivere, e contro di cui per conseguenza non può esser intentata querela.

(319) Poichè anticamente l' investimento era di dritto, pare semplicissimo che la legge ne avesse determinata la durata. Era ancor naturale l' adottar la stessa disposizione nel nostro dritto pel caso in cui si è il testatore contentato di concedere l' investimento senza prefiggerne il termine. Ma non si scorge perchè il testatore, saprattutto quando non vi sono legittimarj, non potrebbe prolungare l' investimento: giacchè mi sembra che colui il quale può privare i suoi eredi della propria successione, può imporre loro quella condizione che giudica convenevole, purchè contraria non sia all' ordine pubblico ed ai buoni costumi. Il testatore non ha egli forse potuto prevedere che la di lui eredità sarebbe di lunga e difficile liquidazione? Se egli ha fatto de' legati sotto condizioni o a termine, l' evento o la scadenza de' quali possa prolungarsi più di un anno dopo la sua morte, non ha egli potuto desiderare che il possesso dell' esecutore si prolungasse fino a quell' epoca? Perchè privarlo di questo diritto? Dietro queste ragioni, che a me sembrano senza replica, io penserei volentieri che la disposizione dell'art. 1026 ┼ 981 non è applicabile se non al caso in cui il testatore si è contentato di dar l' investimento senza nulla determinare quanto alla durata; e che nel caso contrario la quistione rientra nel dritto comune, secondo il quale le disposizioni de' testamenti debbono essere eseguite tutte le volte che non sono contrarie alle leggi o ai buoni costumi (*a*). Per la stessa ragione io credo che il testatore po-

(*a*) *Toullier è di diverso sentimento* (*l. c. n.* 594) *e si fonda sull' opinione di* Pothier, *pag.* 295 *e* 296. *Grenier al contrario, l. c. num.* 330, *dice che sebbene la legge vieta di estendere al di là di un anno ed un giorno il possesso accordato dal testatore, pure se sorgono delle controversie le quali ritardino l' esercizio delle funzioni*

dovi più esecutori testamentarj che abbiano accettato (320), sono tutti solidalmente risponsabili (321), purchè il te-

---

trebbe dare al suo esecutore testamentario l'investimento del possesso del suo mobiliare non solo, ma benanche di tutta la sua successione, purchè non ne risultasse pregiudizio al diritto de' legittimarii; come pure che se l'esecuzione del testamento fosse interamente terminata prima della fine dell'anno o del termine prescritto dal testatore, l'erede potrebbe domandare la cessazione dell'investimento. Qual motivo in effetti potrebbe l'esecutore allegare per conservarlo?

Se l'esecutore testamentario è stato dal testatore autorizzato a vendere degl' immobili pel pagamento de' legati, debb' egli chiamarvi gli eredi? L'affermativa è stata giudicata in Bruxelles il 2 agosto 1809. (Sirey, 1813, 2. par. p. 349); e con ragione. Gli eredi sono proprietarii e possessori. La vendita de' beni della successione non può dunque aver luogo senza loro partecipazione.

Quid, nel caso in cui il possesso non durando che un anno, esistano delle disposizioni le quali non han potuto essere eseguite nel corso dell'anno? Se l'esecutore testamentario teme che l'erede non dissipi la successione può e dee prendere le precauzioni necessarie per l'esecuzion de' legati. Quindi io penso che ei possa e debba, avvenendo il caso, domandar la separazione de' patrimonii da parte dei legatarii di cui è riputato il mandatario. Se la successione comprende immobili, ei dee prendere le iscrizioni ipotecarie, a norma degli art. 1017 † 971, e 2111 † 1997. Se essa è tutta mobiliare, io penso ch'ei può esigere che l'erede dia sicurtà o consegni la somma necessaria pell'adempimento di legati non ancora soddisfatti (V. la precedente nota 247 p. 194); ch'ei può anche farsi autorizzare a far sequestri nelle mani de' debitori della successione, ec.

Quid, se il testamento o l'esecuzione vennero impugnate? Io credo che non dee correr l'anno che dal giorno in cui l'esecutore ha potuto mettersi in possesso.

Osservate che tutte le cause le quali, ai termini dell'art. 2003 † 1875, fanno cessare il mandato *ex persona mandatarii*, come la rinunzia del mandatario quando può rinunziare, la sua morte naturale o civile, la sua interdizione o decozione, fanno cessare l'esecuzione testamentaria e per conseguenza l'investimento, se mai ebbe luogo.

(320) Se non hanno tutti accettato, nessuno può agire, come or ora il vedremo alla nota 329 p. 264. Non vi è dunque più responsabilità.

(321) Perchè vi ha solidalità fra gli esecutori testamentarii, mentre, a' termini dell'art. 1995 † 1867, essa non esiste trai mandatarii? Perchè nel mandato il mandante può rivocare per effetto della sola di lui volontà; ma qui gli eredi non possono rivocare senza una causa legittima ed approvata dal giudice: era dunque necessario l'accrescere le loro sicurezze. D'altronde, poichè si permette ad un solo, come

dell' esecutore testamentario, il detto periodo incomincia a decorrere dal giorno della cessazione di dette controversie; ed anche, astrazion fatta di esse, se sia dimostrata la insufficienza di tal periodo, sostiene che potrebb' essere prorogato secondo il bisogno.

statore non abbia divise le loro funzioni, e che ciascuno di essi siasi ristretto a quella che gli è stata attribuita. 1033 988

In ogni caso l' erede può sempre far cessare tal possesso, offrendosi a consegnare agli esecutori testamentarj una quantità di denaro bastante al pagamento dei legati dei mobili (322); o giustificando di aver soddisfatte le volontà del testatore. 1027 982

L' esecuzione testamentaria essendo un contrassegno della confidenza del defunto, confidenza che è puramente personale, essa cessa del tutto quando muore colui nel quale era stata riposta (323); nè passa quindi ai suoi eredi, che per altro sono tenuti, in questa qualità, alla gestione anteriore alla morte. 1032 987

Le funzioni degli esecutori testamentarj sono:

1. Di fare apporre i sigilli, se vi è luogo (324);
2. Di far procedere in presenza degli eredi (325),

---

fra poco il vedremo, di agire in mancanza degli altri, era naturale d' imporre loro una risponsabilità che li obbligasse a scambievolmente sorvegliarsi.

(322) Non che all' esecuzione delle altre volontà del testatore che debbono risolversi definitivamente in somme mobiliari; come per la erezione di un monumento, o altre cose simili. Quanto ai legati immobiliari, non ha luogo la stessa disposizione, dapoichè la proprietà della cosa essendo passata direttamente nel legatario, l' erede non può disporne in suo pregiudizio.

(323) Ed in questo caso, se gli fosse stato fatto un legato, e ch' ei non l' avesse ancora ricevuto, la sua successione ha dritto di reclamarlo, quand' anche la esecuzione non fosse terminata; non è certamente dipeso da lui il terminarla (*a*).

(324) Siccome l' abbiam veduto nel Titolo precedente, l' apposizione de' sigilli non è indispensabile che quando fra gli eredi vi sono assenti, minori o interdetti, non provveduti di tutori.

(325) Istituiti o *ab intestato*, o in presenza di un notaro per rappresentare i non presenti. (Proc. 942 † 1018) Appartiene all' esecutore testamentario il far procedere a questo inventario, e gli eredi hanno soltanto dritto di esser presenti (*b*); spetta dunque a lui lo scegliere

(*a*) *Ma non termina colla morte qualora siasi nell' esecutore testamentario considerata più la qualità della persona che l' individuo. Può pure il testatore autorizzarlo a nominarsi un sostituto* (*V.* Toullier *l. c. n.* 596).

(*b*) *La Corte di Bruxelles nel* 9 *agosto* 1808 *decise che in concorso dell' erede anche beneficiato l' inventario dovea farsi a richiesta dell' erede, non già a dimanda dell' esecutore testamentario.* (*Racc.*

o dopo averli fatti formalmente citare, all' inventario dei beni dell' eredità;

3. Di vegliare acciò il testamento venga eseguito (326); ed in caso di controversia sopra la sua esecuzione, possono intervenire in giudizio per sostenerne la validità;

4. Di procurare la vendita dei mobili nel caso che non siavi danaro bastante per soddisfare i legati (327);

---

il notajo e gli altri uffiziali, salvo che gli eredi possono loro aggiugnerne altri se lo giudicano convenevole.

Il testatore potrebbe nel dar l' investimento al suo esecutor testamentario dispensarlo dal far l' inventario? Sì, purchè non vi sia erede con dritto di riserva, e che l' esecutore non sia incapace, o interamente o fino alla concorrenza di una certa somma, di ricevere dal testatore. Arg. tratto dalla legge 13 Cod. *arbit. tut.*; e Ricard, par. 2, n. 86, e seg. Ma l' esenzione dell' inventario non porterebbe seco quella di render conto. Il testatore potrebbe egli esimerlo parimenti da quest' ultima obbligazione? Sì, nei casi testè riferiti. Ma questa esenzione a vicenda non porterebbe seco quella di pagare il residuo. Solamente converrebbe riferirsene alla sua buona fede. (l. 119 ff. *de legatis 1.*) (*a*).

(326) Osservate che non è detto di *eseguire il testamento*, poichè in effetti l' esecutore testamentario non può neanche, quand' egli ha l' investimento, procedere di propria sola volontà a questa esecuzione. Bisogna ch' essa venga consentita dall' erede, ovvero ordinata presente lui, sull' istanza sia de' legatarj, sia dell' esecutore medesimo.

(327) Gli eredi potranno dunque impedir questa vendita offrendo una somma sufficiente. L' esecutore potrebbe mai, nel caso d' insufficienza del mobiliare, provocare la vendita degl' immobili? Io nol

della Giurisp. del Cod. vol. 12 pag. 76), è sembra regolare che sia preferito colui al quale esclusivamente giova l' inventario. Si conferisca qui la disposizione dell' art. 941 † 1017 Cod. di proced. civ. per potersi l' inventario richiedere da tutti coloro i quali hanno dritto di domandare la rimozione de' suggelli.

(a) Esamina a lungo Toullier *la quistione se possa il testatore dispensare l' esecutor testamentario di far l' inventario e dal render conto (l. c. n. 604): egli inclina all' opinione del nostro autore che era quella di* Ricard*. Rapporta il contrario sentimento di* Pothier*, e di* Grenier *e risponde ai loro argomenti. Conclude però che sebbene le sue ragioni sembrano decisive, pure la grande autorità di coloro che hanno adottato un diverso avviso può far ancor rimaner nel dubbio tale quistione. Dubbio che cesserebbe se il testatore avesse dispensato l' esecutor testamentario di pagare il residuo, o proibito all' erede di esigerlo. Aggiunge nel numero seguente, che la dispensa di render conto non sarebbe mai riputata come assoluta, ma solamente dall' esser tenuto delle negligenze imputabili ad un mandatario.*

5. Finalmente di rendere conto della loro amministrazione, spirato l' anno dalla morte del testatore. Si debbono loro buonificare in questo conto tutte le spese da essi legittimamente fatte rapporto all' esecuzione di cui furono incaricati (328). 1031 985 1034 989

Oltre a ciò, quando vi sono più esecutori testamentarj, tutti accettanti (329), un solo può agire in mancanza degli altri, salva la loro risponsabilità comune e solidale. 1033 988

La carica di esecutore testamentario impone, come lo abbiam veduto, parecchie obbligazioni. In conseguenza chi non può obbligarsi, non può essere esecutore testamentario. 1028 983

Laonde il minore (330) non può esserlo, neppure

---

credo. Gl' immobili non possono esser venduti che per espropriazione forzata alla quale non può procedersi che ad istanza del creditore, vale a dire del legatario.

(328) E ciò quand' anche il testatore avesse fatto un legato espressamente per l' esecuzione testamentaria, poichè tal legato si reputa piuttosto come la ricompensa delle cure cui l' esecuzione richiede, che come il pagamento delle spese dalla medesima occasionate.

La domanda della reddizione del conto ove debb' esser istituita? Innanzi al tribunale dell' apertura della successione. (proc. art. 59 † 151.)

Di qual colpa è tenuto l' esecutore testamentario? Io suppongo ch' egli debb' esser tenuto come il mandatario (V. al Libro terzo il Tit. *del mandato*), e tanto più che la cosa dell' erede è ciò che amministra egli il quale non è stato scelto da lui. (V. la precedente nota 321 p. 261).

(329) *Quid* se non hanno tutti accettato? Sembra risultare dalla redazione dell' art. 1033 † 988, che in questo caso quell' istessi i quali hanno accettato non possono agire: e questa disposizione è ragionevole. Quando essi hanno tutti accettato, siccome son risponsabili *in solidum*, l' erede ha tutte le sicurtà che il testatore volle dargli. Ma se alcuno di loro non ha accettato, non è esso tenuto. Le sicurtà dell' erede sarebbero dunque diminuite. È possibile d' altronde che dalla parte del testatore la destinazione sia stata indivisibile, talchè non avrebbe egli forse nominato l' uno senza l' altro (argom. tratto dall' art. 1858 † 1730). Finalmente è forse il cattivo nome di colui il quale ha accettato che ha determinato gli altri a rinunziare.

(330) Anche emancipato, poichè è quistione di curatore (*a*).

(*a*) *Questa disposizione mette fine alla quistione insorta anticamente secondo la opinione di taluni autori, e specialmente di Pothier* (delle Donaz. cap. 5, sez. 1, art. 1) *se il minore emancipato poteva accettare una esecuzione testamentaria, soprattutto allorchè i pesi fossero tenui.*

1030 coll' autorizzazione del suo tutore o curatore (331). La
985 donna maritata ed in comunione di beni, non può accettare il carico di esecutrice testamentaria che coll' autorizzazione di suo marito (332). S' ella è separata di

(331) In questo caso sarebbe realmente il tutore od il curatore che dirigerebbe l'esecuzione; or non è in essi che il defunto ha riposta la sua confidenza. Nè osta l' art. 1990 † 1868, il quale permette di scegliere un minore per mandatario; giacchè in questo articolo si tratta d' una scelta volontaria. Or colui che incarica volontariamente un minore della sua procura, si espone a tutte le conseguenze di una simile scelta, e specialmente a vedere per mezzo dell' azione di rescissione annullare gli obblighi che il minore potrebbe aver contratti verso di lui in seguito del mandato, *debet igitur sibi imputare cur talem elegerit.* Ma l' esecutore testamentario è mandatario obbligato degli eredi e de' legatarii. Non si può costringer costoro a lasciar l'amministrazione degli affari della successione ad un uomo il quale può a voglia sua farsi restituire contra le sue obbligazioni.

Quid, se è stato fatto un legato al minore nella sua qualità di esecutore testamentario? Potrà egli prendere il legato non potendo incaricarsi della esecuzione? A me pare che bisogna distinguere: se il testatore lo credeva maggiore, io direi caduco il legato. Diversamente, se sapeva che quegli fosse minore; nel quale ultimo caso la condizione è contraria alle leggi, o sotto questo rapporto si reputa come non fosse scritta. Ma appartiene all' erede il provare che il testatore è stato ingannato circa l' età del legatario.

(332) Perchè non può ella farsi autorizzare dal giudice? Per più ragioni. In primo luogo non v' è per lei necessità di accettare: secondariamente bisogna, come l' abbiam detto, dar all' erede tutte le sicurtà possibili. Ora, non è abbastanza sicuro di trattare con una donna maritata sotto la regola della comunione e soltanto autorizzata dal giudice; poichè non si può allora agire, durante il matrimonio, che contro la nuda proprietà de' suoi immobili personali (*a*).

Quid se avvi un legato annesso all' esecuzione testamentaria? Io giudico il legato caduco se il marito ricusa di autorizzare; altrimenti sarebbe lo stesso che procurargli il modo di concertare con la sua moglie un mezzo fraudolento onde avere il benefizio senza i pesi. D' altronde vi è la seguente differenza tra questo e il caso precedente relativo al minore. riguardo a costui la condizione è realmente illecita, poichè la legge vieta assolutamente d' incaricare un minore dell' esecuzione di un testamento; laddove essa non fa la medesima proibizione riguardo alla donna, ma si contenta di subordinar l' esecuzione alla volontà del marito.

Qual sarà l' estensione dell' obbligo della moglie che accettò con l' autorizzazione del marito? Bisogna distinguere: se le venne fatto un legato di mobili, poichè la comunione profitta del legato, si può a mio credere, per l' esecuzione degli obblighi contratti dalla moglie, agire sui beni personali di lei, su quelli del marito, e su quelli della comunio-

(*a*) *V. Grenier l. cit. num.* 332.

beni, tanto in forza del contratto di matrimonio, come per sentenza, essa può in caso di rifiuto del marito accettarla coll' autorizzazione giudiziale (333). 1029 984

Sezione III.

Della rivocazione delle disposizioni testamentarie.

Le disposizioni testamentarie possono essere rivocate dal fatto del testatore o da quello del legatario.

La rivocazione pel fatto del testatore (334) è espressa o tacita. Ella è espressa, allorquando il testatore si è intorno a ciò formalmente spiegato, sia in un testamento posteriore (335), sia in qualunque altro atto avanti notaro,

---

ne. (arg. tratto dagli art. 1411 e 1419 ✝ T). Ma se il legato non è di natura da ricadere nella comunione, per es. se si tratta d' un immobile, la moglie sola è tenuta sui beni suoi personali (arg. tratto dall' art. 1413 ✝ T.).

(333) *Quid* se essa è maritata semplicemente non in comunione? Siccome i suoi diritti sono assai meno estesi di quelli della donna maritata sotto la regola della comunione, io credo che si debba con più ragione applicarle ciò che è stato detto relativamente a quest' ultima.

Quid, se è maritata sotto la regola dotale? Fa d' uopo applicare ciò che si è detto riguardo alla moglie separata (*a*).

(334) Il testamento è ancora rivocato pel fatto del testatore allorchè questi incorre la morte civile, come l' abbiam veduto nel Libro I.

(335) *Quid* se il testatore si è contentato di dire in un atto scritto, datato e sottoscritto di suo pugno: *io rivoco il mio testamento*, oppure *tutti i miei testamenti*: questa rivocazione è valida? La ragione del dubbio nasce dal perchè quest' atto può essere riguardato come un testamento, mentre riunisce tutte le formalità richieste pei testamenti olografi. Ma ciò che mi deciderebbe per la negativa si è, che il Codice istesso ha definito il testamento, un atto col quale si dispone in tutto

(*a*) Quid *se si rivochi la commissione data all' esecutore testamentario, o se il nominato ricusi di accettarne le funzioni, o queste siano interrotte per la cessazione dell' esecutore ne' casi in cui ne abbia dritto, i legatarii o gli altri interessati alla esecuzione del testamento avrebbero mai il dritto di domandare al giudice la nomina di un nuovo esecutore testamentario, ovvero il peso della esecuzione delle disposizioni rimarrebbe a carico dei soli eredi? Tratta questa quistione lungamente il signor Grenier, l. c. num.* 334, *e la risolve negativamente, tanto più che i legatarii e tutte le altre parti interessate possono valersi non solo delle vie giudiziarie per costringere gli eredi ad eseguire il testamento, ma benanche de' mezzi conservatorii ad oggetto di prevenire, secondo le circostanze, le dissipazioni del mobile.*

o in parte de' proprii beni. Or qui il defunto non dispone di nulla; dunque quest' atto non è un testamento. Ma si oppone: *dat qui non adimit*, dicono le leggi romane. *His (succedentibus ab intestato) creditur paterfamilias sponte sua relinquere legitimam haereditatem.* (l. 8 § 1 ff. *de jure codicil.*) Il testatore rivocando il proprio testamento gratifica i suoi eredi *ab intestato*, poichè distrugge l' atto che toglieva loro in tutto o in parte i suoi beni. Dunque il testatore dispone realmente in lor favore coll' atto di rivocazione; dunque quest' atto è un testamento. Ma chi non sente che questo raziocinio è un puro sofisma, il quale non è difficile che vada sino all' assurdo? Da poichè ne risulterebbe che qualunque persona la quale muore intestata ha fatto un testamento; mentre ha disposto in favore de' suoi eredi legittimi sol perchè non ha tolto ad essi ciò che poteva lor togliere. In quanto al principio citato delle leggi romane, bisogna riferirlo al caso pel quale fu stabilito.

Fa d' uopo in sulle prime sapere che i fedecommessi erano in Roma oltremodo favoreggiati, poichè si poteva farli, *etiam nutu.* D' altra parte si avea per fermo, com' era giusto, che non si potesse gravare di fedecommesso altri che coloro in favore de' quali si era disposto. Ed a tal proposito erasi domandato se si poteva fare un fedecommesso per codicillo e senza far testamento. La ragione del dubbio era che non potevasi istituire eredi per codicilli. Il fedecommesso non poteva dunque colpire che gli eredi *ab intestato*. Ora, si diceva, il testatore che non li ha istituiti non può gravarli di fedecommesso, poichè non hanno essi il loro dritto da lui ma sol dalla legge. Se non che i giureconsulti romani inclinati sempre singolarmente, come l' abbiamo detto, a favorire i fedecommessi, avevano deciso che non pertanto il fedecommesso era valido, atteso che il testatore presumevasi gratificare i suoi eredi *ab intestato* non togliendo loro la successione, come il poteva. Ma si comprende che questo motivo non può applicarsi al caso di cui si tratta; mentre, perchè mai la legge esige un atto innanzi notaro quando la rivocazione non è fatta con un testamento? Affin di proteggere il testatore dall' influenza delle persone che lo circondano e che potrebbero profittare della sua debolezza per istrappargli una rivocazione. Si presume che innanzi ad un pubblico uffiziale egli sarà più libero e più signore della propria volontà. Or l' inconveniente che si è voluto evitare avrebbe luogo se bastasse un atto con iscrittura privata, anche scritto interamente per mano del testatore.

Si oppone ancora, che sarà facile eludere la legge, facendo inserire nell' atto la disposizione di una modica somma a profitto di una persona qualunque, sarà allora questo un testamento, nel senso dell'art. 894 † 814, e ciò basterà certamente per la rivocazione. Io rispondo che questo è un inconveniente inseparabile dalla cosa istessa. Tosto che si ammettono i testamenti olografi, non si può ricusare al testatore il dritto di farne un secondo, un terzo, e per conseguenza quello di rivocare il primo. Ma almeno farà d' uopo una disposizione, il che sarà più lungo e più difficile a strapparsi per frode o sollecitazioni.

Nota. Non debbo dissimulare che avverso questa opinione fu giudicato dalla Corte di Parigi addì 8 febbrajo 1810, ed in Cassazione il 17 maggio 1814 (Sirey, 1815, 1. par. p. 17). Ma io non ho ritrovato nei

motivi di queste decisioni nulla che mi sembrasse bastante per determinarmi a cambiar di parere su questo punto (*a*).

Si è ancora elevata sullo stesso articolo una quistione molto importante e molto controvertita; quella cioè di sapere se un testamento che riunisse tutte le formalità necessarie per valere come atto innanzi notaro, ma che fosse nullo come testamento, per es. per l' incapacità di uno de' testimoni, per mancanza della menzione che fu scritto dal notajo ec., se questo testamento, noi diciamo, varrebbe almeno come rivocazione nel caso in cui effettivamente rivocasse un altro precedente testamento.

Io confesso che tal quistione mi è sempre parsa al sommo delicata. Si pretende che ne sia stata decisa la negativa con arresto della Corte di cassazione del 4 novembre 1811. (*Giorn. della giurispr. del cod. civ.*, tom. 18 pag. 12). Ma in prima, esso è un arresto di rigetto, che per conseguenza non forma pregiudizio; d' altronde, fedele al mio proposito di discutere e sottomettere al ragionamento tutte le autorità, tranne quella della legge, io credo poter esaminare ancora la quistione sotto il punto di vista nel quale m' avviso che debba esser considerata.

Io dico sul bel principio che nel nostro dritto, dal quale tutte le sottigliezze furono bandite, ed ove tutto si tratta *ex aequo et bono*, è difficile decidere questo punto in un modo generale, e che la quistione possa e debba risolversi diversamente secondo le circostanze. Coloro i quali sostengono che in tutti i casi l' atto è nullo, anche come rivocazione, dicono che un testamento è un tutto indivisibile, il quale non può scindersi, e deè perciò valere o esser nullo per intero. Ciò è fuor di dubbio: e se la rivocazione non potesse farsi che per testamento, sarebbe del pari inconcusso che qualunque rivocazione contenuta in un testamento nullo sarebbe nulla egualmente. Ma una rivocazione, ai termini dell' art. 1035 † 990, può farsi con qualunque altro atto diverso dal testamento; e dietro ciò perchè non si considererebbe l' atto in quistione come contenendone due distinti, cioè, un testamento ed una rivocazione, ed in questo caso perchè la nullità di uno de' due atti trarrebbe seco quella dell' altro? Si crede forse che un atto di scrittura privata il quale contenesse una donazione tra vivi e nel tempo stesso un mandato al donatario di amministrare gli affari del donatore, non varrebbe come procura, benchè certamente sarebbe nullo come donazione? Perchè dunque nel caso nostro l' atto di rivocazione non potrebbe esser valido, nonostante la nullità dell' atto testamentario? Non è questo forse il caso di applicare la massima: *utile per inutile non vitiatur?* Tal' è pure la sentenza di Pothier, il quale formalmente decide, nel suo trattato *delle Donaz. testam.* cap. 6, sez. 2, §. 1, che „ quantunque un secondo testamento il quale contiene „ una clausola che rivoca il primo sia nullo nella forma, il primo „ non lascia di esser rivocato. Giacchè, egli soggiunge, la rivocazione

(*a*) *Il Grenier pensa diversamente, l. c. n.* 342. *Sarebbe strano, dic' egli, che colui il quale può essere il ministro del suo testamento, non possa essere il ministro della rivocazione dello stesso testamento; che colui il quale può fare il più rivocando un primo testamento e facendo anche nuove e differenti disposizioni, non possa fare il meno, rivocando specialmente un primo testamento.*

,, de' testamenti potendo farsi *nuda voluntate*, il secondo testamento, ,, benchè nullo, debb' esser valido per la clausola di rivocazione la ,, quale non va soggetta alle formalità testamentarie ,,.

E Domat, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. 5, stabilisce nella nota seguente all' articolo 19, che ,, quando si tratta della validità di un ,, atto in cui son comprese due cose le quali hanno fra esse qualche ,, legame, se l' una delle due non può sussistere, l' atto non lascia ,, di valere per quella che può sussistere senza dell' altra ,,.

Ricard, *delle Donaz.* par. 3. n.° 107, dice formalmente ,, che egli non fa difficoltà che in generale possa esser mista in un testamento un' altra specie di contratto la quale essendo compiuta nella sua forma, non seguirà la natura del testamento ma quella che l' è propria; *puta* se un testatore facendo il suo testamento vi frammischia una clausola che porta donazione tra vivi e ne ha tutte le qualità e solennità necessarie, io dico che quest' atto resta irrevocabile riguardo a detta clausola, poichè essa contiene in se un atto separato, e che per esser frammisto nel corpo d' un altro non ne prende la natura ,,.

Finalmente malgrado tutta la sottigliezza delle leggi romane e lo scrupoloso attaccamento de' giureconsulti al rigor delle forme, Papiniano istesso, nella legge 1, §. 1, ff. *quibus modis pignus vel hyp. solv.* ha conservato la dottrina che noi qui stabiliamo. Si tratta in quella legge di un creditore ipotecario il quale ha rilasciato il suo credito, a titolo di donazione, al debitore. La donazione si trova nulla. Si domanda se le ipoteche sussistono; e Papiniano decide la negativa, atteso che, egli dice, la legge proibiva la donazione ma non la remissione dell' ipoteca. Papiniano ha dunque deciso con ciò che un atto il quale contiene due operazioni, può esser valido per l' una, quantunque sia nullo per l' altra; ed evvi anzi ciò di notabile in detta legge, che la remissione dell' ipoteca non era stata espressamente stipulata, non essendo che la conseguenza della remissione del debito. Sarebbe dunque sembrato naturale che quest' ultima remissione trovandosi nulla, la prima fosse nulla egualmente; eppure il contrario fu deciso da Papiniano. Questo giureconsulto ha dunque opinato come Pothier, Domat e Ricard, che quando un atto contiene due cose, l'una può esser valida e l' altra nulla, e ciò sia che esse abbiano o no un legame qualunque fra loro (a).

(a) *Lo stesso Grenier avea nella prima edizione del suo trattato manifestato la opinione che un testamento poteva essere rivocato con un testamento posteriore quantunque nullo nella forma come testamento, ma rivestito delle forme necessarie per la validità degli atti ordinarii stipulati da' notai; ma non tardò ad abbandonarla. Un atto nullo nella forma da cui solo riceve la esistenza legale non può sotto a questo avere alcun effetto. Una volontà legalmente emessa non può essere distrutta se non da una volontà contraria anche legalmente manifestata: senza l'adempimento delle forme la prima volontà sarebbe nulla, e senza lo stesso adempimento diverrebbe anche nulla la seconda; in conseguenza la prima contenuta tra forme legali rimarrebbe in tutta la sua forza. Quand' anche il testamento nullo nella sua forma, ma rivestito di quelle di un atto ordinario notariale, contenesse la rivocazione espressa del primo testamento, sostiene il Grenier nel cit. n.*

Si vegga parimenti una decisione del parlamento di Parigi del 29 dicembre 1687, per coi fu giudicato che un testamento anteriore avea potuto esser rivocato da un codicillo nullo per la forma; decisione riportata nel *Giornale du Palais* e da DELA COMBE v. TESTAMENT, sez. 5. dist. 2. n.° 3.

Ma insistono gli oppositori dicendo: il testatore non si presume aver voluto rivocare il suo primo testamento se non quando sia valido il secondo. Ed in effetti se noi supponiamo che un uomo abbia con un primo testamento istituito un legatario universale; che quindi ne abbia fatto un secondo contenente alcuni cangiamenti e nel quale abbia però istituito lo stesso legatario universale; che questo secondo testamento contenendo la rivocazione del primo, come ciò d'ordinario è di uso, si trova nullo per mancanza di alcuna delle formalità richieste esclusivamente pe' testamenti, ma l' omission della quale non gli toglie di aver vigore come atto innanzi notaro, ne seguirà che il legatario universale il quale ha in suo favore l' espressa manifestazione della volontà del testatore ripetuta in due testamenti successivi, si troverà nulladimeno privo del suo legato; giacchè non potrà reclamarlo in virtù del primo testamento, mentre si soppone valida la rivocazione, nè in virtù del secondo il quale è nullo. Or siffatta disposizione sarebbe eminentemente ingiusta.

Rispondo sulle prime che il principio dietro il quale si suppone che il testatore non ha voluto rivocare il suo primo testamento se non per quanto fosse valido il secondo, poteva esser vero nel dritto romano, ove era una specie d' ignominia il morire intestato, ed ove d'altronde l' esistenza sola di un secondo testamento bastava ad indurre la rivocazione totale del primo. Non si presumeva giammai che una persona avesse voluto morire senza aver disposto de' suoi beni; e quindi si doveva supporre che la rivocazione del primo testamento era subordinata alla validità del secondo, *quod ita demum* (dice la legge 18, ff. *de legatis*, 3.) *a priore testamento velim recedi si posterius valiturum sit*. E ciò che prova tal essere il solo motivo del giureconsulto nella detta legge 18 si è la decisione data nella legge 36 §. 3, ff. *de testamentis*, della quale ecco il caso: Un veterano aveva fatto mentre militava il suo testamento, *jure communi*. Nel morire egli dichiara, ma senza veruna solennità, che vuole annullarlo e morire *ab intestato*. Il giureconsulto decide che il testamento dee sussistere quanto alle istituzioni di erede, ma non quanto a' legati; e che se i legatarii agiscono contra l' erede, questi potrà opporre loro l' eccezione del dolo, *ex eo quod dolo agunt qui contra voluntatem defuncti petunt legata*: pruova ben evidente della gran differenza che stabilivano i Romani fra i legati e l' istituzione di erede.

342, *che questo non rimarrebbe perciò violato. L' atto non può mai esser considerato altrimenti che come testamento: desso è indivisibile; e se è nullo come testamento, è nullo interamente. In tal guisa, egli conclude, venne giudicato dalla Corte di Poitiers con decisione del 29 agosto 1806; da quella di Torino con decisione del 4 aprile 1807; da quella di Pau nel 13 dicembre 1808, e finalmente da quella di Limoges con decisione del 13 marzo 1809. — V. nell' appendice alle* Osservazioni *a questo Titolo*.

Del resto questi motivi sono lungi dal trovarsi nel nostro dritto in cui i testamenti e le istituzioni di erede non sono riguardati così favorevolmente come presso i Romani. Quanto all' esempio proposto, confesso che l' argomento che se ne trae sarebbe della più gran forza se io pretendessi che sol perchè esiste una rivocazione in un secondo testamento, il primo si trovi pienamente ed indefinitamente rivocato; ma non è questo il mio sistema. Io mi riferisco del tutto al testo della legge; ed ecco in qual guisa io ragiono su tal soggetto.

L' art. 1035 † 990 dice espressamente che possono i testamenti rivocarsi con qualunque atto innanzi notajo, *portante dichiarazione di cambiamento di volontà*: perchè vi abbia rivocazione bisogna dunque che vi sia cambiamento di volontà. Or si può dire che vi sia cambiamento di volontà riguardo alle disposizioni del primo testamento le quali si trovano mantenute nel secondo? Ed anche riguardo a quelle che sono semplicemente modificate, siccome la rivocazione può non esser che parziale, si può dire che non avvi cangiamento di volontà sino alla concorrenza della somma per la quale la prima disposizione è mantenuta. Quindi, sia un primo testamento così concepito:

„ Io istituisco Pietro mio legatario universale;

„ Io lego 3000 franchi a Paolo, 2000 a Giacomo e 1500 a Guglielmo. „

Di poi il testatore, cambiando volontà sopra alcuni punti, fa un secondo testamento contenente la rivocazione del primo, ed inoltre le disposizioni seguenti:

„ Io istituisco Paolo mio legatario universale;

„ Io lego 3000 franchi a Pietro, 2000 a Guglielmo e 1500 a Nicola. „

Questo secondo testamento si trova nullo come testamento, benchè possa valere come atto innanzi notajo. Senza dubbio, se io pretendessi che questo abbia rivocato interamente il primo, darei la più gran forza alla obbiezione sopra cennata, la quale mi sembrerebbe allora insolvibile. Ma, come l' ho detto, io sono lontano dall' adottare questa opinione, ed ecco come ragiono:

Secondo l' art. 1035 † 990, non vi è rivocazione che quando vi è dichiarazione di cambiamento di volontà. In conseguenza esamino quali sono le disposizioni del primo testamento riguardo alle quali vi ha nel secondo cangiamento intero o parziale di volontà.

Io prendo in primo luogo il legato universale fatto a Pietro. Veggo che col secondo atto esso è ridotto a 3000 franchi. Quindi lo considero come rivocato in quel tanto che eccede i 3000 franchi. (*Nota.* Ben inteso che io suppongo nel caso il legato universale di un valor superiore a 3000 franchi).

Prendo poi il legato di 3000 franchi fatto a Paolo. Evvi forse riguardo a lui contraria volontà? No senza dubbio, poichè nel secondo atto egli è istituito legatario universale. Il legato di 3000 franchi non è dunque rivocato.

Lo stesso ragionamento vale per Guglielmo il quale prenderà i suoi 1500 franchi.

Quanto a Giacomo e Nicola, essi non avranno nulla da pretendere; Giacomo, perchè la rivocazione ha tutto l' effetto riguardo a lui, non essendo egli nominato nel secondo atto: e Nicola, perchè non può

reclamare che in virtù del secondo atto il quale è nullo come atto di ultima volontà.

Si scorge che con questa spiega, la quale sembra consentanea ai semplici lumi della ragione e che non contradice in alcun modo al testo dell' art. 1035, l'obbiezione svanisce interamente; poichè io dò al primo testamento tutto l'effetto che può avere riguardo alle disposizioni circa le quali il testatore ha conservate o non ha fatto che modificare le sue prime intenzioni. In una parola, supponiamo per un istante che in luogo di fare un testamento abbia dichiarato il testatore in un semplice atto innanzi notaro, ch' egli intendeva rivocare parzialmente il primo testamento, che in conseguenza egli rivocava puramente e semplicemente il legato fatto a Giacomo e quello fatto a Pietro per ciò ch' eccedeva 3000 franchi ec.: potrebbe impugnarsi una simile rivocazione? No senza dubbio; mentre la legge la quale permette al testatore di rivocare il suo testamento per intero, gli permette egualmente di rivocarlo in parte. E perchè avrà egli a questa rivocazione formale ed espressa aggiunto alcune altre disposizioni ch' egli non poteva fare coll' atto medesimo, se ne conchiuderà che la rivocazione è nulla, e che le prime disposizioni debbono essere mantenute! Lo ripetiamo, non è questo il caso di applicar la massima: *utile per inutile non vitiatur?*

Nota. Una decisione di Aix del 20 aprile 1809 (SIREY, 1813, 2. par. p. 342) sembra aver giudicato che un atto nullo come testamento era egualmente nullo come atto di rivocazione. Ma siccome nella specie era la stessa persona istituita ne' due testamenti, nulla se ne può conchiudere contro del nostro sistema.

Un arresto di Douai del 26 febbrajo 1809 ha deciso nel senso delle distinzioni testè stabilite, ed il ricorso contro questo arresto fu rigettato il 23 gennajo 1810. (SIREY, 1810, 1. par. p. 127). Ma una decisione della corte di Digione del 28 aprile 1819 avendo giudicato in un senso contrario, il ricorso venne egualmente rigettato nel 20 febbrajo 1821, (SIREY, 1821, pag. 12), in modo che tal quistione è ancora intera, e non ancora risoluta dalla Cassazione.

Quid, se il secondo testamento, nullo come tale, ma valido come atto rivocatorio, non contiene che una tacita rivocazione, *puta*, perchè rinchiude disposizioni contrarie a quelle del primo, il primo è mai rivocato, come nel caso della rivocazione espressa? Si può dire per l'affermativa che la rivocazione tacita debbe avere tanto effetto quanto l'espressa. Ma si può rispondere che la tacita rivocazione ha realmente lo stesso effetto della espressa; se non che evvi questa differenza, che la rivocazione espressa esiste da per se ed indipendentemente da qualunque altra disposizione. Basta dunque che sia provata nella forma che le conviene. Ma la rivocazione tacita non esiste per se stessa; ella risulta da altre disposizioni. Perchè sia provata, bisogna dunque che le disposizioni da cui si fa risultare sieno provate egualmente. Ora le disposizioni testamentarie non possono esser provate che nelle forme testamentarie. Se l' atto che le contiene è nullo come testamento, ne risulta necessariamente la nullità di tutte le disposizioni testamentarie che vi sono contenute, e quindi quella della rivocazione tacita la quale non n' è che la conseguenza (*a*).

(*a*) *Ardua e veramente delicata quistione è quella che qui tratta*

Quid nel caso seguente? Un testatore ha rivocato il suo primo testamento con un secondo che è valido. In seguito egli revoca il secondo con un semplice atto avanti notajo nel quale dichiara esser sua intenzione che il primo abbia effetto. *Quid juris?* Alcuni han pensato che la successione dovea esser deferita *ab intestato*, e che i due testamenti erano nulli, cioè: il secondo, perchè rivocato da un atto in forma; il primo, perchè essendo stato una volta annullato per la rivocazione contenuta nell' altro validamente fatto, non poteva rivivere che mercè di una nuova manifestazione della volontà del testatore espressa nelle forme richieste per le disposizioni testamentarie. Io rifletto che l' opinione contraria a questa fu decisa nel dritto romano ove le disposizioni relative ai testamenti erano forse anche più rigorose che presso di noi. Ecco in effetti il caso proposto da Papiniano nella legge 11 §. 2 ff. *de bonorum posses. secund. tabulas*.

Un padre di famiglia fa il suo testamento; egli si dà in arrogazione, viene emancipato e muore. Papiniano decide che l' erede instituito non può reclamare l' esecuzione del testamento annullato dall' arrogazione del testatore. " Sarebbe altrimenti, egli dice, se il testatore avesse ,, per un atto qualunque, *codicillis aut aliis litteris*, manifestata ,, l' intenzione che il suo testamento fosse valido. In questo caso la di

il nostro autore, e che viene ancora più estesamente esaminata dal signor Toullier, *l. c. num.* 622 *e seguenti. Stabilisce quest'ultimo che la proposizione di applicarsi a tutti i testamenti la regola* nihil tam naturale est quam eo genere dissolvere, quo colligatum est, *tramandataci dalla legge* 35. *ff.* de Reg. jur., *fu rigettata dal Consiglio di stato che decise bastare un secondo testamento nullo nella forma per rivocar il precedente; che in questo senso fu redatto l' articolo* 1035; *ma per una nuova aggiunta fattavi in una seconda sessione, quest' articolo si rese oscuro, benchè non vi fosse l' intenzione di cambiarne il senso, donde venne la divisione delle opinioni, e tra gli autori e tra le corti. Il sig.* Maleville *opposto a* Joubert *che sostiene la teoria del roman dritto:* Merlin *la rafforza nelle sue conclusioni non meno che nel suo Repertorio:* Grenier, *prima pel parere contrario, si cambia nella sua seconda edizione, e si oppone alla rivocazione per mezzo di un testamento nullo. La corte di Bruxelles decide diversamente da quella di Torino. Dopo queste premesse esamina* Toullier *le diverse ragioni, e consultando non meno le autorità delle leggi romane e de' loro interpetri, che la ragione e 'l buon senso, e rispondendo ai contrarii argomenti, conclude che " la rivocazione ,, contenuta in un secondo testamento nullo come testamento sia valida, ,, quando sia rivestito delle formalità necessarie per gli atti notariali ,, ordinarii; che se il secondo testamento imperfetto non rivocasse il ,, primo in termini espressi, ma tacitamente per mezzo di disposizioni ,, assolutamente contrarie alle precedenti, non debba meno produrre ,, la rivocazione del primo; che se il testamento fosse nullo per ,, l' incompetenza del notajo o per l' inosservanza di una formalità ,, importante nullità di atti notariali, siccome allora non potrebbe ,, valere che come privata scrittura, così non avrebbe la forza d'operar ,, la rivocazione del primo testamento, perchè l' art.* 1035 *richiede ,, un atto avanti notajo; che se l' atto di soprascrizione di un te-*

,, lui volontà che era mancata è presunta rinnovata per la sua dichia-
,, razione. *Voluntas quae defecerat, judicio recenti, rediisse intelligitur.* Papiniano paragona questo caso a quello in cui un testatore dopo aver fatto un secondo testamento, il che presso i Romani portava di pieno dritto rivocazione del primo, avesse quindi distrutto questo secondo testamento lasciando sussistere il primo. Egli si fa in seguito l'obiezione sulla quale precisamente riposa il sistema che noi combattiamo. " Ma
,, allora, egli dice, non è egli fondare un testamento su di una semplice
,, dichiarazione di volontà, *nuda voluntate*, mentre questa dichiarazione
,, debb' essere convalidata da un gran numero di formalità tutte rigoro-
,, samente richieste dalla legge? No, egli risponde: *nec putaverit qui-*
,, *squam nuda voluntate constitui testamentum.* Giacchè non si tratta
,, qui del dritto o della validità del testamento, ma dell'effetto dell'ec-
,, cezione che si può opporre all' erede istituito: *non enim de jure*
,, *testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis:* ,, Ciò ha bisogno di essere spiegato. È come se Papiniano avesse detto:

,, Quando l' erede istituito domanderà il possesso de' beni in virtù
,, del primo testamento, se gli si oppone l' eccezione dedotta dal com-

,, *stamento mistico fosse nullo, il testamento non essendo atto nota-*
,, *riale, non potrebbe rivocare i precedenti; che sarebbe lo stesso*
,, *d' un testamento olografo annullato per non essere interamente scritto*
,, *o datato dal testatore; ma che avrebbe luogo la rivocazione fatta*
,, *con un atto di privata scrittura interamente scritto, sottoscritto e*
,, *datato dal testatore, e nel quale senza farsi altre disposizioni,*
,, *si dichiarasse soltanto di rivocarsi gli antecedenti testamenti.* ,,

Ecco come neppure Toullier *è interamente d' accordo con* Delvincourt. *Intanto, per quel che riguarda la nostra giurisprudenza, sembra che questa quistione siasi decisa dalla nostra Corte suprema di giustizia nel* 18 *gennajo* 1823 *nella causa tra D. Rosa e D. Francesco Squillaceietti, sul testamento di D. Laura Contestabile, cassandosi la decisione della Gran corte civile di Catanzaro che aveva adottato il parere di valere la clausola rivocatoria compresa in un testamento nullo per vizio di forma, per ritrovarvisi i solenni dell' atto avanti notajo, non viziandosi l' utile per l' inutile. Le conclusioni del pubblico ministero furono per lo rigetto del ricorso, ma la sudetta Corte suprema facendo prevalere la regola* sempre vera ex nihilo nihil fit, *e su di alcune considerazioni dal roman dritto desunte e specialmente dalle leggi* 9, *ff.* de injusto rupt. test., e 201 *ff.* de reg. juris, *nulla ostando le contrarie leggi* 21 e 24 *Cod.* de testam. *la* 35 de testam. militis, *e la* 24 de adim. legat. *annullò la decisione di Catanzaro, contro la quale osservò che avea distrutta la volontà della Contestabile mentre disse di conservarla.* " *Se ella volea morire intestata non*
,, *avrebbe fatto un secondo testamento, ma si sarebbe servita di un*
,, *atto notariale a rivocarlo. Ma dacchè dopo il primo fece un se-*
,, *condo testamento, è chiaro che volle surrogare la volontà propria*
,, *a quella della legge, e che la rivoca del precedente era subordinata*
,, *alla validità dell' altro, e perciò ove diede luogo alla successione*
,, *intestata, distrusse la volontà della testatrice che dovea conserva-*
,, *re.* ,, *Si attende la decisione della Gran Corte civile di Napoli alla quale è stata questa causa rimessa.*

1035 dichiarativo del cambiamento della sua volontà (336).

990 La rivocazione in questo caso può essere totale o particolare.

Ella è tacita, 1. quando il testatore abbia annullando affatto il suo testamento, o l'abbia messo in uno stato in cui non può essere considerato come tale (337);

„ biamento di volontà, egli distruggerà questa eccezione dicendo che „ il cambiamento di volontà non esiste, poichè il testatore ha manifestato dopo una volontà contraria. I giudici non avranno dunque „ da esaminare la validità del testamento, *non de jure testamenti* „ *quaeritur*, ma solamente il valore dell'eccezione opposta alla domanda „ dell'erede, *sed de viribus exceptionis*: e come sarà provato che „ il cambiamento di volontà non ha perseverato fino alla morte, „ l'eccezione non sarà ammessa, e per conseguenza il testamento avrà „ il suo effetto.

Mi sembra che questa decisione di Papiniano sia perfettamente applicabile al caso proposto. Così fu giudicato in Cassazione il 4 decembre 1811 (Sirey, 1812, 1. par., p. 129).

Questa legge è spiegata da Ricard, *delle Donaz.*, par. 3. n. 178. Ma a malgrado di tutto il rispetto che ho per la sagacità di questo autore, io penso che abbia mal colpito il senso delle ultime parole di Papiniano, e che conviene attenersi alla spiega da noi data, la quale è pur uniforme a quella di Pothier, nella sua nota sulla detta legge.

(336) Osservate che l'atto di rivocazione può essere fatto e spedito sullo stesso foglio in cui è scritto il testamento. (*Dec. del* 15 *giugno* 1812, *boll.* n. 8023).

(337) Ed in questo caso la rivocazione è totale, per esempio, se il testatore ha cassato o lacerato il suo testamento; s'egli ha strappato la sopracarta del testamento mistico. Se però quel testamento era interamente scritto, datato e firmato di sua mano, potrebbe valere come olografo, ammenochè non fosse provato che, togliendogli il carattere di testamento mistico, l'intenzione è stata di annullarlo del tutto.

Quid, se il fatto da cui può risultare la rivocazione è l'effetto del caso? Allora la quistione è di fatto. Apparterrà al giudice decidere dietro le circostanze se l'accidente è tale che risultarne possa alcun dubio sulla veracità o sincerità del testamento. Nel caso della negativa, egli dee ordinarne l'esecuzione.

Osservate 1.° che se il testamento è olografo, il testatore può senza annientarlo interamente, contentarsi di cassare o cancellare quella delle sue disposizioni ch'ei vuole annullare; ed allora soltanto quelle le quali sono cassate o cancellate rimangono nulle (*a*).

(*a*) *La nostra Corte suprema nell'esame del testamento dell'arciprete Franchini nel quale si trovarono alcune interlinee e cassature fatte dallo stesso testatore, colla decisione del* 27 *luglio* 1824 *sostenne giusta le l.* 2 *ff.* de his quae in test. del. e 12 Cod. de testam. *che le interlinee e cassature suddette non annullavano il testamento: ciò che* consulto *è cassato non si deve, e quello ch'è messo su i versi*

2. Quando esiste un testamento posteriore, sebbene non contenente alcuna rivocazione espressa; ma in tal caso questa non ha luogo che per le disposizioni del primo testamento che si trovassero incompatibili colle nuove, o che vi fossero contrarie (338): come pure ella pro- 1036 991

2.° Che può accadere che la disposizione debba presumersi rivocata, sol perchè un' altra disposizione l' è stata, allorchè quest' ultima manifesta correlazione colla prima. È questa la decisione della legge 25 *ff. de adim. vel transf. leg.*, la di cui spiega farà conoscere come questa regola debba essere applicata. Nel caso di questa legge un testatore avea istituito due eredi, e legato ad un di essi un fondo per antiparte. Egli avea quindi legato all' altro, anche a titolo di prelegato, un credito ch' egli avea contro di un terzo, ma solamente sino alla concorrenza del valore del fondo legato al primo. Dopo il suo testamento, e senza avere alcun soggetto di astio nè di animosità contro del primo prelegatario, egli avea alienato il fondo che gli era legato. Il giureconsulto decide che l' altro erede non può reclamare il legato del credito; ed il motivo di questa decisione si è che quest' ultimo legato avendo avuto evidentemente per oggetto di eguagliare i due legatarii, l' intenzione del testatore non sarebbe adempiuta, se l' uno avesse potuto esigere il prelegato, mentre quello dell' altro trovavasi rivocato per l' alienazione del fondo legato.

Questa decisione è ammessa da Ricard, par. 3 n. 253, e sarebbe certamente ammessa pure nel nostro dritto.

3.° Che il legato è parimenti estinto se è stato fatto per indennizzare il legatario di un peso che gli era stato imposto dal testatore, e che dopo è stato trasferito ad un altro; come, se fu fatto un legato all' esecutore testamentario con la formale enunciazione ch' era per compensarlo delle cure e sollecitudini che gli darebbe l' esecuzione, e che dopo questa esecuzione sia stata trasferita ad un altro. Ma in questo caso il legato passa al secondo esecutore? No, ammeno che il testamento non contenga qualche disposizione da cui possa inferirsi che il testatore ebbe l' intenzione di trasmetterglielo.

(338) Il primo testamento contiene questa disposizione: *Lego la mia casa di città a Pietro*. Il secondo quest' altra: *Lego la mia casa di città a Paolo*. Il primo legato è rivocato. Diversamente se i due legati fossero fatti collo stesso atto: mentre i due legatarii sarebbero riputati congiunti. (art. 1045 † 1000) (*a*).

Quid, se l'usufrutto solamente della casa è stato legato a Paolo

è dovuto quando è scritto dal testatore; che se la legge notariale vuole l' approvazione in questi casi, ciò non è richiesto nel testamento olografo. V. nel Dizion. d' Armellini Tom. 6 pag. 35.

(*a*) Toullier, *l. c. n.* 645, *par che sia di diverso avviso. Se nulla dimostri la contraria volontà del testatore i due legati sussisteranno ancorchè fatti in due atti, ed i due legatarii divideranno la cosa legata in porzioni virili; che se uno de' legati fosse fatto congiuntamente a più persone, esse non raccoglierebbero che una sola parte giusta la l.* 34, *ff.* de legatis 1.

duce il suo effetto, o che abbia luogo espressamente o pure tacitamente, quand'anco le nuove disposizioni rima-

---

col secondo testamento? Il legato fatto a Pietro è rivocato per l'usufrutto soltanto.

Quid, se una somma è legata a Pietro con un primo testamento, e che gli sia legata una somma simile o diversa con un secondo testamento che non contiene rivocazione del primo? V. qui sopra la nota 239 p. 189.

Quid, se un fondo è stato legato con un primo testamento, ed una somma allo stesso legatario con un secondo? Io penso che, salva la pruova dell'intenzione contraria del testatore, i due legati sono dovuti. Nè osta la legge 6 ff. *de adim. leg.* nella quale si dice che *si pro fundo res legata sit, fundus ademptus intelligitur.* Dapoichè si suppone in questa legge che *res pro fundo legata est*, vale a dire che il testatore ha detto: *In luogo del fondo da me legato a Paolo, io gli lascio la tal cosa.* È chiaro che in questo caso il legato del fondo è rivocato. Così questa legge è spiegata da Pothier nelle sue Pandette.

Quid, se due persone furono istituite legatarii universali con due diversi testamenti? Bisogna prima di tutto consultare l'intenzione del testatore. Se non si può discoprirla, io credo che il primo legato sia rivocato. Non già che sia impossibile esservi ad un tempo due legatarii universali. L'art. 1003 † 929 lo suppone al contrario formalmente. Ma io penso che faccia d'uopo intendere questo articolo circa il caso in cui ambi furono istituiti col medesimo testamento. In effetti è nella natura delle cose che non esista se non un legatario universale. Quando il testatore ne ha istituiti due collo stesso testamento, ha manifestato formalmente l'idea di dividere il profitto del legato fra due persone, con dritto di accrescimento. Ma quando gli ha istituiti separatamente e con due atti distinti, non v'è più volontà espressa, e si rientra nella regola naturale di cui ora abbiam parlato, e dietro la quale non si può avere in generale che un legatario universale. Sarebbe lo stesso se l'uno de' due testamenti contenesse un legato universale e l'altro un legato a titolo universale? Credo che bisognerebbe distinguere; se il legato universale era contenuto nel primo testamento, sarebbe diminuito del valor della quota attribuita nel secondo al legatario a titolo universale. Ma se il legato universale era nel secondo testamento, opino che si dovrebbe riguardare il legato a titolo universale come annullato, e ciò per le ragioni testè dedotte intorno al caso precedente. È possibile, ma non ordinario, che si faccia ad un tempo e un legatario universale, ed un legatario a titolo universale.

Quid, se dopo di aver fatto il suo testamento, il testatore fa una istituzione universale per contratto? Il precedente testamento è rivocato. Così fu deciso con ragione in Parigi, il 2 febbraio 1813, ed in Cassazione il 16 novembre seguente (Sirey, 1814, 1. par. p. 99). Vi ha qui incompatibilità, poichè a' termini dell'art. 1083 † 1039 questa specie d'istituzione toglie all'istituente la facoltà di disporre a titolo gratuito. Nè osta che nel caso il testamento era anteriore; giacchè abbiam veduto che intorno alla capacità di disporre, è sempre il momento della morte che bisogna considerare. Ora in tal epoca il te-

nessero senza esecuzione per la incapacità o la rinunzia 1037
del secondo legatario (339) ; 992

3. Quando il testatore ha alienata la cosa legata (340), ancorchè l' alienazione fosse stata fatta mediante permuta o col dritto di ricompra (341), o che, dichia-

statore si era interdetto il dritto di disporre a titolo gratuito.

Quid, se dopo avere con un primo testamento istituito un legatario universale, il testatore faccia con un secondo testamento un legato per ante-parte ad un successibile, il legato universale sarà egli rivocato, almeno per la parte che il legatario per ante-parte può pretendere nella successione *ab intestato?* Fu deciso negativamente dalla corte di Riom il 22 agosto 1817 (Sirey, 1819, 2. par. p. 29. Ed in fatti si può credere che il testatore abbia inserita la clausola di anteparte prevedendo la caducità del legato universale; ciò che, accadendo il caso, darebbe luogo alla successione *ab intestato*.

(339) Sarebbe lo stesso se fosse per la sua indegnità, per la sua premorienza, ec.

(340) Se l' ha alienata soltanto in parte, il legato sussiste pel rimanente (L. 8 ff. *de legat.* 1.). È lo stesso s' ei lo ha aggravato di dritti reali i quali costituiscono ciò che noi chiamiamo smembramenti di proprietà. La cosa passa al legatario con i suoi pesi e senza regresso. Sarebbe altrimenti, come l'abbiam veduto, se fosse un dritto d'ipoteca.

Altre volte si distingueva tra l'alienazione volontaria, e l' alienazione necessaria. Quando essa era stata volontaria portava rivocazione: non già, se era stata necessaria; per es. quando un fondo era stato legato e quindi acquistato dal Governo per un oggetto di pubblica utilità. Questa distinzione avrebbe essa oggi ancora luogo? Io nol credo; non già forse per una presunzione di cambiamento di volontà, ma perchè attualmente non si può legare la cosa altrui. Per conseguenza basta che la cosa non si trovi più tra i beni del defunto al momento della morte, perchè il legatario non abbia nulla da pretendere (*a*).

(341) Quindi il legatario non potrà nemmeno reclamare il dritto di esercitare a sue spese la facoltà di ricompra. Dietro il qual principio son d' avviso che bisognerebbe decidere avverso l'opinione di un moderno autore, che la donazione o il legato sotto condizione della cosa legata con un primo testamento, porterebbe rivocazione del legato,

(*a*) Quid, *se l' alienazione siasi fatta con privata scrittura? sarebbe lo stesso, poichè l' art.* 1038 † 993 *non fa alcuna eccezione. Intanto avverrà che la rivocazione espressa non può aver luogo che per un atto avanti notajo, mentre la tacita potrà farsi con privata scrittura.* C'est un disparate, *dice* Toullier, *l. c. n.* 651, *che avrebbe potuto evitarsi se si fosse adottato il sentimento di* Pothier, delle Donaz. testament. *cap. VI*, *sez.* 2, *§.* 1, *p.* 347.

Avverte pure lo stesso autore, l. c. n. 650, *che l'alienazione di tutti i beni presenti del testatore non importerebbe la rivocazione d'un legato universale o a titolo universale, come fu deciso in Cassazione il 7 maggio* 1808, Sirey, 1808, *p.* 355.

1038 rata nulla l' alienazione, fosse la cosa stessa ritornata in
993 possesso del testatore.

La rivocazione ha luogo pel fatto del legatario:

1. Per causa d' inadempimento ai pesi che gli sono stati imposti;

2. Per causa d' ingratitudine (342) ne' casi seguenti:

S' egli ha attentato alla vita del testatore;

1046 Se si è reso colpevole verso di lui di sevizie, de-
1001 litti od ingiurie gravi;

Se ha gravemente oltraggiata la di lui memoria (343):

---

quand' anche la condizione venisse a mancare. In vano si direbbe che la condizione essendo mancata, si reputa l' alienazione non aver mai avuto luogo. Perciocchè è lo stesso quando l' alienazione è risoluta, o dichiarata nulla; e ciò non ostante il legato non n'è meno rivocato (*a*).

(342) Queste due cause di rivocazione avranno rispetto ai terzi lo stesso effetto che quando si tratta di donazioni fra vivi. (V. gli art. 954 e 958 † 879 e 883) (*b*).

(343) La mancanza di denuncia della uccisione del defunto sarebbe mai riguardata come una causa di rivocazione? Sarei portato a crederlo, tanto più che sotto il rapporto dell' indegnità la legge tratta i donatarii più severamente che non gli eredi legittimi. (V. qui sopra la nota 154 p. 137). Nondimeno io penso altresì che questa causa non debb'essere applicata che ai legatarii che dalla legge vengono assimilati agli eredi, vale a dire al legatario universale nel caso in cui egli è investito del possesso, ed all' istituito per contratto.

Si riguardava anticamente come indegna della liberalità del defunto marito la moglie la quale viveva in libertinaggio nel corso dell' anno del suo lutto. (Ricard, *delle Donaz.* par. 3, n. 226 e seg.). Siccome nel Codice nulla annunzia che si abbia avuta l' intenzione di conservare a questo riguardo l' antico dritto, io non credo che questa disposizione, quantunque moralissima, possa essere presentemente applicata.

(*a*) *Ma la l.* 7 *ff.* de adim. legat. *dice:* " Quod si alii legetur sub conditione, quod alii pure datum est: non plene recessum videtur a primo, sed ita demum si CONDITIO SEQUENTIS EXTITERIT. *Or sarebbe lo stesso per un' alienazione fatta sotto condizione sospensiva? V.* Pothier, *l. c. p.* 352, *e* Toullier, *l. c. n.* 646, *e* 653.

(*b*) *L' art.* 1046 *che il nostro autore cita nel testo si esprime così.* " *Le medesime cause che secondo l' art.* 954, *e le due prime ,, disposizioni dell' art.* 955, *autorizzeranno la domanda di rivocazione ,, della donazione tra vivi, saranno egualmente ammesse per chieder la ,, rivocazione delle disposizioni testamentarie ,,. Corrisponde a questo articolo il nostro* 1001, *ma ivi è occorso un errore di citazione che non è stato ancora con alcun decreto emendato, poichè in vece di citarsi l' art.* 879 *che corrisponde al francese* 954, *vi si cita l' art.* 878, *che importerebbe diverse conseguenze se non vi fosse errore di stampa.* (*Vedi su ciò gli autori del comento sulle nostre Leggi civili a questo Titolo, pag.* 761).

in quest' ultimo caso la domanda di rivocazione debb' essere promossa entro l' anno, da computarsi dal giorno del delitto (344). 1047 1002

Sezione IV.

Delle formalità prescritte per comprovare l' esistenza ed assicurare la conservazione dei testamenti.

Siccome importa di assicurarsi sin da principio se esista un testamento, e di prendere ad un tempo le precauzioni necessarie per provarne lo stato ed impedirne la sottrazione; così vennero a questo fine prescritte delle disposizioni particolari. In conseguenza, quando il giudice di pace presentasi per apporre i suggelli, se gli viene annunciata l' esistènza di un testamento, egli dee preliminarmente farne attenta ricerca; ed ove gli riesca rinvenirne uno, oppure se trova una carta suggellata qualunque, egli dee adempiere le seguenti formalità: Pr. 917 994

Prima di tutto, verifica la forma esterna del piego, il sigillo e la soprascritta, se ve n' è; contrassegna l'involto unitamente alle parti presenti, se queste sanno o possono scrivere; ed indica il giorno e l' ora ne' quali sarà da lui presentato il piego al presidente del tribunale. Egli fa menzione di tutto nel suo processo verbale che viene sottoscritto dalle parti; oppure si fa menzione del loro rifiuto, o della causa che loro impedisce di sottoscrivere. Pr. 916 993

Nel giorno e nell' ora indicati, e senza che siavi bisogno di alcuna citazione, il piego viene presentato dal giudice di pace al presidente del tribunale di prima istanza, il quale ne fa l' apertura, e se trovasi questo essere un Pr. 918 995

---

(344) Entro qual termine la rivocazione debb' ella essere domandata per le altre cause? Stimo che convenga distinguere: se la causa d' indegnità è proposta per via di eccezione, il diritto dell' erede dura quanto l' azione: *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum.* Ma se il rilascio del legato è stato fatto prima che la causa d'indegnità fosse conosciuta, ovvero se non vi è stato luogo al rilascio, per es. se era un legato universale, e che non vi fosse erede legittimario, e che il legatario si sia posto in possesso, io penso che l' azione non dee durare che un anno da computarsi dall' istante in cui la causa dell' indegnità ha potuto esser probabilmente nota agli eredi. (Arg. tratto

testamento o altre carte riguardanti la successione (345),

dall' art. 957 † 882). Così deciso dalla Corte di Amiens, il 16 giugno 1821 (Sirey, 1822, 2. par. p. 155).

I legati sarebbero mai rivocati per causa di sopravvegnenza di figli al testatore? A me pare che bisogni distinguere. Se il testatore non ha conosciuto abbastanza a tempo la nascita o la gravidanza perchè avesse potuto rivocare il suo testamento, le disposizioni debbono essere annullate, salvo al giudice di ordinare l'esecuzione di quelle che secondo le circostanze sarebbero considerate tali che si potesse presumere averle il testatore sempre fatte quand'anche avesse conosciuta la gravidanza (L. 36, §. 2. ff. *de testam. milit.*). La decisione di questa legge è tanto più preziosa in quanto che si sa con qual favore i testamenti militari erano riguardati presso i Romani. Indi devesi conchiudere che se il testatore conoscendo la gravidanza ha potuto rivocare il suo testamento e non l'ha fatto, esso debb'essere eseguito. (V. l'arresto detto *de la* Pouplinière, riferito nell'antico Denisart, *verbo* revocation de testament n.° 3.). È stato giudicato nello stesso senso nel parlamento di Roano il 20 decembre 1725. L'arresto è riportato dall'annotatore di Ricard, nelle sue addizioni sulla sezione 4 del cap. 5 *delle Donaz.*, parte 3. Si ricorse in Cassazione contro questi due arresti, ed i ricorsi vennero rigettati (*a*).

Ma, si dirà, le donazioni tra vivi sono rivocate di pieno dritto se nasce un figlio al donante; perchè non sarebbe lo stesso de' legati? La ragione della differenza consiste in ciò: la donazione essendo irrevocabile tanto per parte del donante che del donatario, è bisognato che la legge intervenisse in favore de' figli; al contrario le disposizioni testamentarie sono rivocabili *ad nutum*. Il testatore è dunque padrone di annullarle; e se non l'ha fatto dopo che conobbe la gravidanza, è da presumere che abbia voluto mantenerle.

(345) Se il piego sembra, dalla soprascritta o per qualche altra notizia, appartenere a terze persone, il presidente ordina che saranno esse chiamate in un giorno determinato. Nel quale giorno egli fa la apertura in loro presenza o in loro mancanza; e se i pieghi contengono carte estranee alla successione, egli le passa alle parti interessate, se sono presenti, senze farne conoscere il contenuto. Se esse non sono presenti, egli suggella di nuovo i pieghi per essere trasmessi alle medesime alla prima loro richiesta. (Proced. 919 † 996) (*b*).

(*a*) *Lo stesso si assume dal Grenier l. c. num.* 341: *Tutto ciò ch' è l' effetto dell' errore non può reggere: ogni testatore il quale abbia ignorato di esser padre o di poterlo diventare, e che abbia lasciato sussistere un testamento fatto in benefizio di collaterali o di estranei, per la sola ignoranza di questo fatto, si trova identicamente nel caso del donante, il quale abbia fatto una donazione senza prevedere la sua paternità.* Ubi eadem ratio, ibi idem jus.

(*b*) *Avvertite che il cit. art.* 919 *di procedura è stato modificato nelle nostre Leggi di procedura nel corrispondente art.* 996, *non solo perchè qui è il giudice di circondario incaricato di ciò che in Francia è incarico del presidente, a meno che le terze per-*

ne verifica lo stato mediante un processo verbale, e ne ordina il deposito nelle mani di un notaro da lui delegato. 1007 933

Se si trova un testamento aperto, il giudice di pace ne verifica lo stato, e si conforma nel resto alle disposizioni suddette. Pr. 920 997

Se l'atto di soprascrizione annuncia un testamento mistico, debbono adoperarsi le medesime formalità, eccettochè non può farsene l'apertura, se non in presenza di quel notajo e testimonj (346) che hanno firmato l'atto di soprascrizione, i quali si trovano nel luogo, o che vi saranno debitamente chiamati. 1007 933

CAPITOLO IV.

DELLE DISPOSIZIONI COLL' OBBLIGO DI RESTITUIRE, O SOSTITUZIONI FEDECOMMESSARIE (347).

Noi conosciamo attualmente due specie di sostituzioni; la volgare e la fedecommessaria.

La sostituzione volgare è quella colla quale il testatore, dopo avere instituito un erede, fatto una donazione o un legato a favore di una persona, dispone della stessa cosa a favore di un secondo individuo per lo caso in cui il primo non volesse o non potesse conseguirla (348). Questa disposizione è permessa. 898 936

(346) Il testo dice *dai notari*. Ma è chiaro che debb' essere un errore di stampa; non v' ha che un sol notaro impiegato nell' atto di soprascrizione del testamento mistico.

Ma riflettete che l' inosservanza di queste diverse formalità non annullerebbe il testamento. Venne così giudicato e con ragione a Metz nel 10 luglio 1818 (Sirey, 1819, par. 2. p. 69).

(347) Ricard ha scritto un particolar trattato *delle sostituzioni dirette e fedecommessarie*, il quale trovasi nella collezione delle sue opere. Può vedersi altresì un trattatino di Pothier *sulle sostituzioni fedecommessarie*, inserito nelle sue opere postume.

(348) Esempio: *io lego la mia casa a Pietro: se Pietro non*

sone non si oppongano all' apertura delle scritture che annunziano essere di loro pertinenza; ma benanche perchè vi è autorizzato lo stesso giudice a conoscere se i pieghi rinvenuti debbono consegnarsi alle parti, qualora la materia sia di sua competenza; altrimenti a depositarli presso un notajo, e rinviare le parti avanti il presidente del tribunale civile, perchè ne disponga la restituzione.

La sostituzione fedecommessaria è quella colla quale

---

raccoglie il legato, *la lego a Paolo. Quid*, se il testatore avesse detto: *io lego la mia casa a Pietro e gli sostituisco Paolo*; di qual sostituzione dee presumersi aver il testatore inteso parlare? Io credo che debba intendersi della sostituzione volgare. Non si dee presumere che il testatore abbia voluto fare una disposizione proibita. D'altronde, nel dubbio l'atto debb'essere interpretato *ut valeat potius quam ut pereat*. Nello stesso modo s'egli è detto: *io dono e lego 10000 franchi a Pietro ed a Paolo, ciascuno per la metà, a carico che in caso di morte di uno di essi, il tutto apparterrà o ritornerà all'altro*: questa disposizione dovrà essere intesa pel caso in cui la morte di uno de' legatarii avvenisse prima di quella del testatore, ed in conseguenza per assicurar loro il diritto di accrescimento che avrebbe potuto esser contrastato a motivo di queste parole, *ciascuno per la metà*.

Ma se queste ultime parole, *ciascuno per la metà*, non si trovassero nella disposizione, non si potrebbe forse pretendere che vi sia necessariamente sostituzione fedecommessaria, perchè altrimenti la riversibilità stabilita dal testatore non avrebbe alcun senso, mentre avrebbe luogo di dritto e senza veruna controversia? Io non lo credo ancora. Si dee presumere che il testatore abbia voluto spiegar chiaramente e formalmente la sua volontà (art. 1164 † 1117), forse anche ch' egli ignorava la legge, anzichè supporre che abbia voluto fare una disposizione proibita; in una parola, conviene applicare a tutte cotali quistioni il principio generale, che se di parecchi sensi che presenta una disposizione, ve ne sia uno nel quale essa dia un risultato lecito, si debba sempre pensare che questo è quello avuto in mira dal testatore. (Arg. tratto dall'art. 1157 † 1110). Si vegga un arresto di Parigi del 12 marzo 1813. (Sirey, 1815, parte 1. p. 14). Da ciò segue che, come l'abbiam già detto, allorchè costi che vi sia sostituzione, essa non dee presumersi fedecommessaria, se non quando sia impossibile di spiegar altrimenti la disposizione; altrimenti essa dee presumersi volgare.

Quid, se molti sono istituiti in porzioni disuguali, e che sieno sostituiti volgarmente gli uni agli altri senza indicazione di parti; per es: *istituisco Pietro, Paolo, e Giovanni miei legatarii a titolo universale; cioè Pietro per un quarto, Paolo per un terzo, Giovanni per i cinque dodicesimi della mia successione; e li sostituisco reciprocamente l'uno all'altro*. Paolo muore prima del testatore: in quale proporzione la sua parte spetterà a Pietro ed a Giovanni? Applicato la regola: *partes expressae in institutione repetitae censentur in substitutione*. (*Instit. de vulg. substit.* §. 2.) In conseguenza la parte di Giovanni essendo a quella di Pietro come cinque a tre, si farà della porzione di Paolo otto parti, delle quali tre apparterranno a Pietro ed il rimanente a Giovanni.

La regola stabilita nel §. 3. *Instit. eod. tit.*, vale a dire *substitutus substituto censetur substitutus instituto*, sarebbe senza dubbio egualmente ammessa nel nostro dritto. Esempio: *io istituisco Tizio, Cajo e Sempronio miei legatarii universali. Se Tizio non raccoglie*,

l'erede instituito (349), il legatario, o il donatario che

---

io gli sostituisco Cajo; *se non raccoglie Cajo*, *gli sostituisco Sempronio.* Se Tizio e Cajo non raccolgono, le loro porzioni apparterranno interamente a Sempronio, giacchè essendo egli sostituito a Cajo il quale lo è a Tizio, è presunto sostituito egualmente a Tizio.

Quid nel caso della seguente disposizione: *Io instituisco Pietro Paolo e Giacomo, ciascuno per un terzo*: *in mancanza di Pietro*, *gli sostituisco Guglielmo.* Il testatore muore e dopo lui Guglielmo, Pietro in seguito rinuncia al suo legato. Gli eredi di Guglielmo possono essi reclamare il legato fatto al di loro autore? Nel roman dritto la negativa era certa. (L. 81, *ff. de adquir. vel amitt. hered.*). Ma si può dire che fosse così, perchè presso i Romani il principio, *il morto impossessa il vivo*, era ignoto; ed in conseguenza l'eredità, anche legittima, non si riputava acquistata dall'erede, e quindi trasmessibile ai suoi proprii eredi, se non quando egli l'avesse accettata, salva una eccezione a favore degli eredi *suoi.* Sembrami dunque dover essere altrimenti nel dritto francese che ha adottata la massima contraria. Ciò non ostante io penso che la decisione del dritto romano sarebbe applicabile al nostro dritto, ma per una diversa ragione. Io mi fondo sul motivo che la sostituzione volgare sia realmente ed effettivamente una istituzione sotto la condizione, *si prior heres*, *heres non erit.* Or è massima, tanto presso noi che presso i Romani, che la disposizione condizionale è caduca tutte le volte che l'istituito non è sopravvissuto, non al testatore soltanto, ma benanche all'avvenimento della condizione.

I figli messi nella condizione son eglino riputati messi nella disposizione? Per es. *istituisco Tizio mio legatario universale*, *e s'ei muore prima di me senza figli*, *io gli sostituisco Cajo.* Tizio muore prima del testatore e lascia figli. Questi son essi considerati come volgarmente sostituiti al loro padre? Sembra che anticamente si sosteneva la negativa, poichè, si diceva, *conditio non disponit.* (RICARD, *delle Sostit.* par. 1. n. 445). In conseguenza nel caso proposto l'istituzione sarebbe nulla, attesa la precedente morte dell'istituito. La sostituzione lo sarebbe tale egualmente, attesa la mancanza della condizione, e la successione sarebbe deferita *ab intestato.* Io confesso che ho sempre avuto molta renitenza ad adottare questa opinione; la decisione contraria mi sembra talmente conforme all'intenzione presunta del testatore, ed è sì naturale il pensare ch'egli ebbe in animo di gratificare i figli del suo legatario, che sono rimasto sempre meravigliato di veder in altro senso risoluta la quistione da autori di cui rispetto d'altronde l'alta dottrina; e non comprendo perchè non si seguirebbe a tal proposito la decisione della legge 85 ff. *de hered. istit.* la quale in un caso affatto simile pronunzia, che il testatore è presunto aver voluto preferire al sostituito, non solo l'istituito, ma ancora i figli di lui: *non enim fratrem solum praetulit substitutis sed et ejus liberos.*

(349) Perchè l'articolo non ha detto semplicemente *l'erede?* Perchè la disposizione non avrebbe senso riguardo all'erede legittimo. In effetti è detto che la disposizione è nulla anche a riguardo di chi ha il peso di conservare; cioè che neppur questi può profittarne. Ora, ciò non può applicarsi all'erede legittimo, anche incaricato di conser-

raccoglie la cosa a suo favore disposta, è incaricato di restituire ad un altro (350) tutti o parte dei beni che ne provengono. Cosiffatta sostituzione è del pari permessa, quando il donatario ec., è incaricato di restituire immediatamente (351); ma se è incombensato di conser-

vare. Perciocchè, siccome tutti i beni riguardo ai quali sono state fatte delle disposizioni nulle ricadono nella successione *ab intestato* quando non vi sono legatarii universali o a titolo universale, egli è impossibile che l'erede non si giovi della disposizione, non già veramente come gravato, ma come erede legittimo.

Se per altro ciò che l'erede legittimo è incaricato di conservare e di rendere eccedesse la sua quota ereditaria, siccome, a dir vero, ci sarebbe legatario pel soprappiù, la disposizione sarebbe nulla per questo soprappiù, che rientrerebbe allora nella massa ond'essere diviso in eguali porzioni fra tutti gli eredi legittimi.

Nota. Colui il quale è incaricato di conservare e di rendere chiamasi *il gravato*; e quegli al quale si dee rendere è detto *il chiamato.*

(350) Diversamente, se al donatore: abbiam veduto che questi potea stipulare il dritto di riversione, qualunque fosse la persona del donatario.

(351) Es.: *Io lego tutto il mio mobiliare a Pietro, e lo incarico di dare a Paolo la mia biblioteca.* E riflettete, che l'obbligazione di restituire in seguito debb'essere presunta, sempre che non vi sia un termine indicato per la restituzione. V. del resto la seg. nota.

Quid, se l'incarico di rendere fosse subordinato ad una condizione, come: *Io dono tutti i miei immobili a Pietro, e lo incarico di dar la mia casa di campagna a Paolo, se il tale avvenimento avrà luogo?* Ciò debb'essere assomigliato ad un legato condizionale, e sotto questo rapporto è valida la disposizione. Veggasi la seguente nota 353 pag. 286. Nondimeno sembra essere stato deciso il contrario in Nimes addì 11 agosto 1812 (Sirey, 1814, 2. par. pag. 85). Ma io non persisto meno nella mia opinione. Dapoichè, o bisogna ammettere questa disposizione come valida, ovvero annullare tutti i legati condizionali contradicendo al testo formale del Codice. Ora ammessi una volta i legati condizionali, che importa che sieno essi pagabili da un legatario o pure dall'erede *ab intestato*. Sarebbe diversamente, se vi fosse sulle prime il peso di conservare, e che soltanto il peso di restituire fosse subordinato ad una condizione. Es.: *Io dono la mia casa di campagna a Pietro, il quale, alla sua morte, la renderà a Paolo se il tale avvenimento ha luogo, o l'abbia avuto.* La ragione della differenza si è, che nel caso precedente, il peso di conservare era subordinato ad una condizione; il che rientra interamente nella specie de' legati condizionali: in quest'ultimo caso al contrario il peso di conservare è imposto puramente e semplicemente dal donante, e quello solo di restituire è sotto condizione. Nel primo caso, se la condizione viene a mancare non vi sarà stato nè peso di conservare nè quello di restituire. Nel secondo, al contrario, vi sarà sempre stato il peso di conservare, il che forma il distintivo carattere della sostituzione.

vare (352) e restituire soltanto dopo un determinato tempo, o alla sua morte, la disposizione è nulla anche a di lui riguardo (353).

896
941

(352) A titolo di proprietario; diversamente se lo sia come semplice amministratore, *puta*, perchè il vero legatario è minore, assente o interdetto. Arg. tratto dallo stesso art. 896 † 941, il quale suppone che l'incaricato a conservare sia egli stesso l'erede istituito, donatario o legatario della cosa da conservarsi. Quest'è d'altronde la stessa disposizione designata negli antichi autori francesi sotto il nome di *fiducia:* Non evvi per verità in questo caso che un solo donatario, quegli cioè al quale debb'esser fatta la restituzione. Egli n'è investito dal momento della morte, talmente che, s'egli sopravvive al testatore, la proprietà è irrevocabilmente fissata sul suo capo, e trasmessibile ai suoi eredi, quand'anche venisse egli a morire prima del termine stabilito per la restituzione. Il fiduciario non è dunque, come l'abbiam detto, che un semplice amministratore, e non guadagna nè anche i frutti, a meno che non siavi su di ciò una espressa disposizione nel testamento, nel qual caso, il suo dritto è quello d'uno usufruttuario a tempo. LL. 3, §. 3 ff. *de usuris*, e 46 ff. *ad Senat Trebell.*

(353) Vale a dire che il donatario il legatario o l'erede istituito non possono raccogliere la disposizione, la quale rientra allora nella massa ereditaria. Non si poteva in fatti lasciar sussistere la disposizione principale, perchè sarebbe andare contro la volontà del testatore, che aveva voluto gratificare due persone e non una sola; e che d'altronde nel concorso dell'istituito e del sostituito non si può sapere chi egli avrebbe preferito. È questa un'eccezione al principio dell'art. 900 † 816, giacchè, secondo questo articolo, l'incarico di conservare avrebbe dovuto riputarsi non iscritto, e la disposizione principale essere eseguita.

Sarebbe lo stesso della proibizione di alienare, se questa proibizione avesse per oggetto di conservare la cosa ad alcune persone; altrimenti la sola proibizione potrebb'essere dichiarata nulla, e la disposizione principale conservata. L'art. 896 † 941 non annulla la disposizione principale, se non quando è accompagnata dal peso, non solo di conservare, ma benanche di restituire ad un terzo (*a*).

La nullità pronunziata dall'art. 896 si applicherebbe egualmente all'ordine di conservar in famiglia, o ad altre simili disposizioni.

Quid, di questa disposizione: *io dono e lego a Pietro, col peso di rendere in tutto o in parte il legato a quello tra suoi figli ch'ei vorrà scegliere?* Se è incaricato di rendere immediatamente, la disposizione è valida; non già, se dopo un certo tempo, poichè allora egli è incaricato di conservare.

(*a*) *V. quel che diremo nelle nostre Osservazioni a questo Titolo esaminando l'art. 896 del Cod. civ. Del resto se vi fosse sostituzione o peso di restituire per una parte soltanto della disposizione, anche secondo il Codice civile, questa parte soltanto sarebbe nulla, e valida nel resto, come decise la corte di Brusselle nel 14 luglio 1808, arresto riportato da Merlin nel suo* Repert. *alla voce* Substitution fideicommissaire *n.* 3.

Ma se la disposizione non è chiaramente espressa, e che vi sia del dubbio, che dovrassi presumere? Che la restituzione debb' esser fatta immediatamente, e per conseguenza che la disposizione sia valida. Nè osta quel che si dice qui appresso, che nell' antico dritto si ammetteva la presunzione contraria, e che la restituzione non riputavasi dover esser fatta che in morte del primo donatario. La differenza risulta dal perchè l' antico dritto ammetteva le sostituzioni fedecommissarie; ed in questo caso la presunzione di cui si tratta, avea luogo nell' interesse dell' incaricato a restituire, il quale riputavasi essersi voluto gratificar dal testatore, il che non avrebbe avuto luogo, s' egli fosse stato incaricato di restituire immediatamente; ma questa ragione non è di alcun peso nel dritto attuale, poichè ammettendosi la presunzione dell' antico dritto, la disposizione sarebbe nulla totalmente. Bisogna dunque allora riportarsi al principio, secondo il quale nel dubbio *interpretandus est actus potius ut valeat, quam ut pereat.*

Quid, se il legatario ha dritto di vendere, alienare ec. irrevocabilmente, ma è solo pregato di lasciare alla tale persona quel che resterà in natura alla sua morte? Io credo valida la disposizione, perchè non vi è il peso di conservare: la circolazione de' beni non è impedita. Ciò non ostante sembra di essersi giudicato il contrario dalla Corte di Metz nel 16 febbrajo 1815. (Sirey, 1819, par. 2. p. 58.) Ma io non persisto meno nella mia opinione, non ostante questa decisione, la quale d' altronde pare essere stata resa per circostanze particolari; ed io posso di vantaggio invocare a mio favore un arresto della Corte di cassazione del 6 gennajo 1809, e tre altre decisioni, l' una di Bruxelles del 26 gennajo 1808, l' altra di Parigi del 14 novembre 1809, e la terza di Colmar del 7 giugno 1819.

Ma supponendo valida la disposizione principale, il fedecommesso è totalmente nullo, o debb' esso valere per quello che resterà in natura? Io credo quest' ultima opinione preferibile. Il Codice non ha proibiti tutti i fedecommessi, ma soltanto quelli che impongono l' obbligo di conservare. Quest' obbligazione qui non esiste. Dunque il fedecommesso è valido, come ogni altra disposizione testamentaria non contraria alle leggi (*a*).

(*a*) *I modi di chiamare più persone sono diversi dal fedecommesso, e diventano semplicemente condizionali, allorchè il loro risultamento è di formare l' uno o l' altro de' seguenti tre ordini di cose, che ordinariamente si verificano, e che bisogna ben distinguere.*

1. *O il disponente fa suo erede o legatario una persona, e prevedendo che costei possa essere nella impossibilità o nella incapacità di raccogliere l' effetto della disposizione, chiama un' altra persona per raccogliere in quel caso la disposizione;*

2. *O il disponente ha voluto considerare due o più persone, ma senza volere stabilire un ordine successivo dell' una di esse alle altre e di queste tra loro; ed in modo che ciascuna di esse, dall' istante della morte del disponente abbia dritto ad una porzione determinata di beni assegnatale colla disposizione, o ad una somma da percepire su questi medesimi beni;*

3. *O il disponente dona ad una persona o anche a più persone congiuntamente, ma sotto una condizione eventuale, verificandosi la quale rimanga rivocata la disposizione.*

Ammettendo questa opinione, il fedecommesso si estenderebbe agli oggetti de' quali il gravato avesse disposto per testamento? Io penso che sì. A me sembra che colle parole *ciò che resterà*, bisogna intendere quello che resterà nella successione del gravato, in tempo della sua morte, e che per conseguenza egli ha potuto validamente alienare durante la sua vita, ma non disporre per testamento.

Per la stessa ragione, il vietarsi dal donante di disporre con testamento degli oggetti donati, non è compreso nella proibizione della legge, e dà al chiamato il dritto di reclamar tutto quello che il donatario non ha alienato in vita.

Esistono nel dritto delle disposizioni le quali hanno molto rapporto con le sostituzioni, come son definite nell' art. 896 † 941, e sono appunto i legati condizionali in cui v'è sempre peso di conservare; giacchè se la condizione è sospensiva fino a tanto che non è adempita, l'erede è proprietario della cosa legata; ma tutte le alienazioni sono risolvibili pel caso in cui la condizione venga ad avverarsi. Sia, per es. il legato di una casa fatta ad un fanciullo di un anno, se perviene alla sua maggior età: è certo che finchè il fanciullo vive e non è maggiore, la proprietà non è che precaria in mano dell' erede, e che tutte le alienazioni ch'ei può farne, saranno annullate se il fanciullo diviene maggiore. Pertanto il Codice ha conservato questa sorte di disposizioni, come risulta ad evidenza dall' art. 1040 † 995.

D' altra banda può accadere ciò, che veramente è più raro, vale a dire che la disposizione sia fatta sotto una condizione risolutiva; per esempio: *io dono e lego la tal cosa a mia moglie; il quale legato s' intenda rivocato, s' ella si rimarita*, o ciò che vale lo stesso, *io gliela dono a condizione ch' essa non si rimariterà*. Il Codice avendo guardato il silenzio su queste sorta di disposizioni, esse rientrano nel dritto comune, e non possono esser comprese nella proibizione (a). Finalmente il codice autorizza egualmente nell' art. 1121 † 1075 la disposizione colla quale può donarsi ad un individuo col peso di donare ad un terzo; il che dalle *leggi* romane si dinotava col nome di donazione *sub modo*, e che alcuni autori chiamarono *disposizione modale*. Da ciò ne segue che bene spesso è difficile il determinare se la disposizione sia condizionale o modale, e per conseguenza valida, o contenente una sostituzione che importa nullità. E difficile assegnar re-

In questi tre ordini di cose non si contiene alcuna sostituzione fedecommessaria. Veggasi Grenier l. c. Osserv. prelim. *num. IX, dove unisce gli esempii che concernono soltanto le condizioni sospensive e rivocatorie in generale, scegliendone quelli che presentano maggior difficoltà, ed in cui potrebbe dubitarsi se vi esista o no sostituzione fedecommessaria, mascherata sotto le sembianze di una condizione semplice ed ordinaria.*

(a) *Grenier esitava sulla validità della condizione* di *non rimaritarsi, ma nella seconda edizione del suo Trattato num.* 157 *convenne col nostro Autore che nulla impediva che la condizione di non rimaritarsi avesse la sua esecuzione. Ciò è stato confermato dalle decisioni di Parigi del* 18 *nev. anno* 12, *di Genova del* 2 *aprile* 1811 *e di Riom del primo aprile suddetto.* (*Sirey tom.* 4 *p.* 104 *e tom.* 19 *p.* 41).

gole certe su questo punto la di cui decisione rientra il più delle volte nell' arbitrio del giudice. Si può per altro dire prima di tutto come principio ed in conformità dell'art. 1157 † 1110 del Codice, che nel dubbio la disposizione debb'esser presunta condizionale o modale, *intelligendus est actus potius ut valeat, quam ut pereat.* (V. un arresto di Cassazione del 10 gennajo 1821. Sirey, 1821, par. 1. p. 384). In conseguenza fu giudicato e con ragione, in Bruxelles, il 13 dicembre 1809 (Sirey, 1810, 2. par. p. 227), che la disposizione seguente non conteneva sostituzione ma piuttosto legati condizionali.

,, Io dono e lego a Pietro la tal cosa in proprietà: ma se mia ,, figlia perviene ad età maggiore, io intendo che il detto legato si ,, converta in legato di usufrutto; e che la nuda proprietà appartenga ,, a mia figlia.

Infatti, è come se il testatore avesse detto:

,, Io dono a Pietro l' usufrutto della tal cosa;

,, Io dono alla mia figlia la nuda proprietà della stessa cosa, se ella giunga alla età di ventun anni;

,, Finalmente io dono a Pietro questa nuda proprietà, se mia fi ,, glia muore prima del ventunesimo anno.

Ora, di queste tre disposizioni, la prima è un legato puro e semplice, e le due altre sono legati condizionali.

Un testatore fece la seguente disposizione: *io dono e lego a Pietro l' usufrutto della tal cosa, dopo lui l'usufrutto della stessa cosa alla sua moglie. Se alla morte dell' ultimo di essi vi esistano figli del lor matrimonio, essi n' avranno la proprietà.*

Giudicossi dalla Corte di Parigi nel 13 gennajo 1821 (Sirey, 1821, 2. par. p. 233), che vi era sostituzione, che in conseguenza l'intera disposizione era nulla. Questa decisione mi sembra rigorosa. Sulle prime, non vi sarebbe certamente sostituzione nel caso d'uno usufrutto legato successivamente a due persone. Imperciocchè la prima non è gravata d'alcun peso, mentre, o che siavi, o che non siavi un secondo usufruttuario, il suo dritto e il suo godimento sono assolutamente gl' istessi. (V. la nota seg.) La disposizione fatta a vantaggio dei figli nella specie proposta potrebbe ella operare una sostituzione? Nò senza dubbio; poichè, acciò vi sia sostituzione fa d' uopo che la proprietà dell' oggetto donato risegga prima sulla testa d'un individuo obbligato di conservarla e trasmetterla ad un altro, se questo ultimo gli sopravvive, e che ne diventa proprietario irrevocabile nel caso della premorienza di colui che è chiamato in secondo grado; bisogna, in una parola, quel che gli autori chiamano l' ordine successivo di proprietà. Ora non poteva esser così nella specie, poichè, ammettendo la validità della disposizione, Pietro e la sua moglie non poteano in alcun caso reclamar la proprietà dell' oggetto di cui solo l' usufrutto era stato loro legato. Vi era dunque semplicemente nella specie proposta due legati successivi d' usufrutto ed un legato di proprietà, che avrebbe potuto trovarsi caduco se Pietro non avesse dei figli concepiti almeno in morte del testatore. Ma allora la caducità sarebbe giovata agli eredi del testatore, e non a Pietro, o alla sua moglie; altra pruova, che non vi era sostituzione nel senso dell' art. 896.

Quid se si è detto: *io dono ad un tale, ed ai suoi figli nascituri?* Bisogna sulle prime distinguere: se questa disposizione si trova

in un testamento, il legato appartiene al padre ed ai suoi figli nati, o almen concepiti alla morte del testatore. Ma se siasi fatta in una donazione tra vivi, la quistione è più delicata. Si pensava anticamente, che vi era sostituzione, perchè, come dice Thevenot, *delle Sostituzioni*, *n.°* 206 e 207, il padre essendo impossessato per la donazione, ed i figli non potendo esserlo, ne risulta necessariamente l'ordine successivo di proprietà, che è il carattere distintivo della sostituzione. Questa interpetrazione però poteva essere ammessa senza difficoltà sotto l'impero d'una legislazione, che autorizzava indistintamente le sostituzioni. Ma sotto il Codice che le proibisce, e dietro l'assioma, *interpetrandus est actus* ec. non potrebbe dirsi che la donazione non essendo valida se non quando il donatario esista nel momento in cui sia fatta, quella che ha luogo a vantaggio di figli non concepiti, è assolutamente nulla, perchè sarebbe fatta a vantaggio d'un incapace. Il padre resta dunque solo donatario, e senza alcun peso. L'art. 896 non è dunque applicabile.

Quid se si è detto: *io dono e lego tal fondo a Pietro per goderne dopo la mia morte, il qual fondo ritornerà a Paolo dopo la morte di Pietro.* Giudicossi della Corte di Parigi nel 28 marzo 1821, che non v'era sostituzione, ma un legato di proprietà a favore di Paolo (Sirey, 1821, part. 2. p. 297.). Questa è la conseguenza del principio *interpetrandus est actus* ec. Poichè la disposizione potea essere interpetrata in questo senso, esso era quello che bisognava scegliere.

Dietro tali principii, cosa dobbiam decidere sulla quistione seguente?

Un testatore istituisce Pietro suo legatario universale, lega a Giacomo ed a Giovanni 20000 franchi nel caso in cui Pietro venisse a mancare prima dell'età di ventiquattro anni: v'ha qui sostituzione? L'affermativa è stata decisa dalla Corte di appello di Aix nel 5 giugno, 1809, ed il ricorso contro di questa decisione è stato agli 8 giugno 1812 rigettato (Sirey, 1812, 1. par. p. 363). Ad onta di questa autorità, m'è impossibile di vedere in detta disposizione altro che un legato condizionale. Si è principalmente fatto valere che il legato universale fatto a Pietro comprendeva la somma legata a Giacomo ed a Giovanni; e se n'è conchiuso che Pietro era obbligato a conservar questa somma ed a renderla ai legatarii, adempiendosi la condizione. Ma accade egli diversamente in tutti i legati condizionali? Supponiamo che nel nostro caso il testatore avesse istituito legatario universale qualunque altra persona diversa da Pietro, Guglielmo per esempio, e che avesse fatto il legato di 20000 franchi a pro di Giacomo e di Giovanni nel caso in cui Pietro morisse prima del 24.° anno. Nel Codice nulla proibisce di fare dell'avvenimento della morte di un terzo l'oggetto di una condizione. Ora in questa ipotesi, la somma legata non avrebbe forse fatto parte del legato universale? e per conseguenza Guglielmo non sarebbe egli stato in obbligo di conservarla fino a che Pietro avesse avuto ventiquattro anni, o fino alla sua morte accaduta prima di tal epoca? Ed intanto si sarebbe potuto dire che vi era sostituzione? In generale in tutti i legati fatti sotto una condizione il di cui evento si protrae ad un'epoca posteriore alla morte del testatore, l'erede legittimo o istituito non è egli tenuto di conservare la cosa legata sino

all'avvenimento della condizione? La di lui proprietà è quella del legatario non sono forse fino allora *in suspenso*? Si deciderà perciò che siavi sostituzione nel senso dell'art. 896? Se ciò è, bisogna cancellar dal Codice gli articoli i quali permettono il far legati condizionali (*a*).

Ma si dirà, dietro tal sistema, tutte le sostituzioni potranno essere riguardate come disposizioni condizionali o modali, e sarà eluso l'art. 896. Io convengo che la piccola differenza la quale distingue queste due specie di disposizioni non è facile a colpirsi: importa però lo stabilirla: giacchè è certo che se da un lato il Codice proibisce le sostituzioni, dall'altro permette i legati condizionali e le disposizioni *sub modo*. Per conciliare queste diverse disposizioni, io penso che sia d'uopo consultare lo spirito del legislatore, e soprattutto l'intenzione ch'egli ebbe nello stendere l'art. 896. Cosa aveva egli in mira? È certo ch'ei voleva abolire le antiche sostituzioni, cioè le disposizioni colle quali era il donatario incaricato di conservare durante tutta la sua vita, ed in tempo della sua morte restituire ad una o più persone nate o nasciture. Non si può negare che queste siano state le disposizioni cui si è inteso abrogare. Dietro ciò, ecco alcune delle circostanze che possono servire a determinare se v'ha sostituzione, ovvero legato condizionale.

1. Si poteva sostituire una persona nascitura: il legatario doveva essere almeno concepito nell'epoca della morte del testatore. Se dunque la seconda disposizione è fatta in beneficio di una persona non concepita, è certo che vi ha sostituzione; si potrà anzi presumerla, salva la prova contraria, se tal persona non erà concepita all'epoca del testamento, ancorchè il fosse all'epoca della morte, poichè è raro che alcuno si mostri benefico verso chi non conosce e che anzi non ancora esiste.

In secondo luogo, nell'antica legislazione la restituzione dei beni non avea luogo, che in morte del gravato, il quale rimaneva in conseguenza per tutta la sua vita in una specie d'interdizione relativamente ai beni sostituiti. Ciò era talmente di dritto comune, che quando la sostituzione fedecommessaria era fatta puramente o semplicemente, senza fissar termine per la restituzione, si presumeva sempre fatta pel tempo della morte del gravato. (Thevenot, *delle Sostituzioni* ai numeri 500, 501 e 919). Se dunque la condizione apposta nella disposizione, nel dritto attuale, è suscettibile di svanire in vita del primo

(*a*) Toullier *è dell'opposto sentimento. Egli sostiene che nel caso sottoposto all'esame della Corte di Aix, e della Cassazione si trovano tutti i caratteri delle sostituzioni vietate, e conchiude che le sostituzioni condizionali sono comprese nella proibizione* (*loc. c.* *n.* 36) *e nella nota rapporta l'arresto del* 31 *dicembre* 1810 (*Bullet.* 4. *serie, tom. XIII, pag.* 490) *col quale si dichiarò nullo un codicillo, che conteneva una sostituzione condizionale. Ma egli stesso avverte nel n.* 41 *che non bisogna confonder colle sostituzioni proibite quelle disposizioni condizionali o risolutive sotto condizione permesse dagli art.* 898, 1040, *e* 1121 *del Codice, una delle quali è contenuta nella decisione di Bruxelles citata dal nostro autore; poichè vi è ben differenza tra l'uno e l'altro caso, non essendovi in quest'ultimo l'ordine successivo che caratterizza la sostituzione vietata sia o no condizionale.*

donatario, allora la disposizione non è del numero di quelle che il legislatore ha inteso proscrivere. E ciò che aggiungerebbe alla pruova di essere stata questa effettivamente la sua intenzione si è che dopo d' aver detto nell' art. 896, che ogni disposizione colla quale il donatario è incaricato di conservare e restituire è nulla, egli aggiunge nell' art. 897 † 942: „ Sono eccettuate le disposizioni permesse ai padri ed alle madri, ed a' fratelli e sorelle nel cap. 6 del presente Titolo „. Or queste disposizioni son quelle che autorizzano il donatario a conservare sino alla sua morte, poichè la restituzione debb' esser fatta ai figli nati, o da nascere, e che il numero di questi figli non può esser determinato che in morte del donatario. Si può dunque presumere, che la regola di cui l' art. 897 contiene l' eccezione non sia relativa che alle disposizioni che abbiano il peso di conservare sino alla morte.

Tali sono i principii che mi sembrano dover essere stabiliti per distinguere le sostituzioni dai legati condizionali, e per conciliare l'articolo che proibisce le prime con quelli che autorizzano formalmente i secondi. Ora applicando questo principio al caso proposto, si vede che non poteva esservi sostituzione. Il legatario particolare viveva nell'epoca del testamento. La condizione era di tal natura che poteva mancare vivente l' istituito, poichè il legato diveniva nullo nel caso in cui egli pervenisse al suo 24.° anno. Era dunque impossibile di scorger qui nulla che fosse simile alle antiche sostituzioni, e per conseguenza alle disposizioni che il legislatore ebbe in mente di proibire (*a*).

(*a*) *Può stabilirsi come vero carattere delle sostituzioni vietate l' incarico di conservare, coll' obbligo di rendere dopo la morte ad un terzo. Il solo obbligo suddetto non accompagnato dall' incarico di conservare non basterebbe a produrre una sostituzione proibita dalla legge. Quest'* ordine successivo *nella chiamata dell' istituito, e quindi del sostituito, è quello che si è voluto abolire fuori de' casi permessi. Ma esso non si stabilisce per via di congetture; debb'essere espresso nella disposizione, o risultarne come una conseguenza necessaria. Quindi sebbene sia impossibile di prevedere tutte le quistioni che possono far nascere i diversi casi che all'infinito si moltiplicano, basterà, per risolverli tutti, applicare i due principii fondamentali di questa materia indicati da Toullier che fa nella citata sua opera un lungo esame di molte quistioni su di essa. Questi principii, ammessi pure dal nostro Autore sono* 1. *Che se la clausola è suscettibile di due interpretazioni, bisogna interpretarla nel senso che non contiene una sostituzione, ma che convalidi non annulli la disposizione;* 2. *Che tutte le volte che l'atto è concepito in modo da includer* necessariamente *l' incarico di conservare e di rendere, benchè non letteralmente espresso, senza che sia possibile di attribuirgli un senso diverso, proprio a mantenere la volontà del testatore innanzi alla legge, la disposizione è nulla come quella che contiene una sostituzione vietata.*

Quindi la proibizione di alienare i beni donati, o di non alienarli che a tali persone, o prima che il legatario abbia figli, non essendovi incarico di conservare, non è compresa nelle sostituzioni: diversamente se tal proibizione fosse fatta perchè il testatore vuole che alla morte dell' erede o del legatario i beni ritornino agli eredi

Quid se si è detto: *io dono tal cosa a quegli dei due*, *Pietro e Paolo, che sopravviverà all' altro?* Egli è chiaro che non vi sia sostituzione, ma legato condizionale. In fatti non si può dire, che vi sia un primo donatario, il quale debba conservare per un terzo, poichè il dritto al legato non può aprirsi a favor di chi che siasi se non dal giorno della morte di colui che muore il primo.

Quid, se sia stata fatta la donazione tra vivi ad una persona con riserva dell'usufrutto in vantaggio del donante, ed in oltre colla clausola della morte del donatario prima del donatore, l'oggetto donato apparterrà a quel terzo? Si può dire che vi sia sostituzione nel senso che il primo donatario non può disporre irrevocabilmente della nuda proprietà. Si può dir pure che vi sia disposizione condizionale nel senso che la prima donazione è fatta sotto la condizione, *si donatarius donatori supervixerit*, e la seconda sotto la condizione contraria *si donator priori donatario supervixerit*; ora nel dubbio secondo la massima di sopra invocata dee decidersi per la disposizione condizionale. Così venne giudicato dalla corte di Poitiers nel 3 aprile 1818. (Sirey, 1818, part. 2. p. 197.)

Quid, se la cosa che il donatario è incaricato di conservare e restituire sia la propria cosa dello stesso donatario; *puta* se si è detto: *io dono e lego la mia casa di campagna a Pietro a condizione che egli donerà nella sua morte, a Paolo, tal pezzo di terra ch' egli possiede attualmente*. Io non penso che vi sia sostituzione nel senso dell'art. 896. Egli è chiaro, che quest' articolo non parla che del caso in cui la cosa da conservare è quella stessa che sia stata donata. Ora la disposizione di quest' articolo essendo rigorosa e penale non può essere estesa, ma si potrebbe pretendere, e con ragione, che la condizione dovrebbe esser riputata non scritta, come contraria alle leggi.

Nota. La disposizione dell'art. 896 non è applicabile ai beni che formano le dotazioni de' majoraschi, o altri titoli ereditarii che il re potrebbe erigere. (V. il 3. §. dell'art. 896, nella 2. ed. de Cod. civ. (*a*), i decreti del 1 marzo 1808 *bull.* n. 3206 e 3207, non che il dec. del 24 agosto 1812, *bull.* n. 8210 relativo ai soccorsi accordati alle vedove

o figli di quest' ultimo. Non v'è sostituzione neppure nella proibizione di far testamento; nè se io dono a Tizio nel caso ch' egli sopravvive a mio figlio, o che quest' ultimo muoja senza prole; poichè il figlio non ha incarico di conservare per rendere: il testatore non gli ha diretta la parola, e quest' incarico non può esser supplito: può dirsi solo che vi sia un legato condizionale di ciò che il figlio non avrà disposto, si quid superérit. (*V. il cap. 1 di questo Titolo*).

(*a*) *Questo* §. 3 *è concepito in questi termini* "*Nondimeno i beni ,, liberi formanti la dotazione di un titolo ereditario, che il Re avrà ,, creato in favore di un Principe o di un capo di famiglia, potranno ,, essere trasmessi ereditariamente, nel modo che vien regolato coll' atto ,, del* 30 *marzo* 1806, *e coll' altro del* 14 *agosto seguente.* ,, *La istituzione de' majoraschi è una istituzione politica, che doveva attendersi dal momento in cui la Francia fu costituita in monarchia. Tutto ciò che regola questa istituzione forma un dritto pubblico particolare, il quale è una eccezione al dritto civile generale, che riguarda i cittadini relativamente alle transazioni ed agli atti ordinarii.*

Bisogna però ben guardarsi dal confondere questa disposizione con quella in virtù della quale l'usufrutto di una cosa venisse donato ad uno, e la nuda proprietà all'altro (354). Queste sono allora due donazioni distinte, il cui effetto è di trasferire in ciascun donatario e nel medesimo istante, la proprietà irrevocabile di ciò che gli viene donato (355).

899
944

---

de' titolari defunti, ed ai fratelli e sorelle de' titolari viventi o minori, e quello del 22 dicembre 1812, *bull.* n. 8421, concernente le azioni da intentarsi riguardo ai beni che compongono i majoraschi).

Un' ordinanza del re del 25 agosto 1817 (*Bullett.* n. 2686) ha deciso: 1. che i majoraschi annessi alla dignità di Pari sono trasmissibili in perpetuo col titolo di Pari al figlio primogenito nato o da nascere del fondatore del majorasco, ed alla sua discendenza naturale e legittima di maschio in maschio e per ordine di primogenitura, di maniera che il majorasco e la dignità di Pari sieno sempre riuniti nella medesima persona. (Art. 3).

E 2. che non potrà entrare nella formazione di tai majoraschi altro che o immobili liberi da qualunque privilegio ed ipoteca e da qualunque peso di restituzione, ovvero rendite sullo Stato immobilizzate. (Art. 4).

Nota. Tutte le contestazioni che potessero sorgere tanto sul dritto al majorasco per parte degli eredi, quanto sulla pensione reclamata dalla vedova, debbono essere giudicate dai tribunali. (Decreto del 14 ottobre 1811, art. 7 8 9, *bullett.* n. 7377 (*a*).

(354) Si potrebbe lasciar l'usufrutto a più persone successivamente, vale a dire per goderne l'uno dopo l'altra? Io non vi scorgo difficoltà. Non v' ha in questo caso che il legato fatto al primo godente che sia puro e semplice: gli altri sono riputati fatti sotto la condizione *si supervixerint*. Così fu giudicato in Parigi il 26 marzo 1813 (Sirey, 1813, 2. par. p. 360). È presso a poco la stessa cosa che una rendita vitalizia costituita a vantaggio di più persone successivamente.

(355) Ed il diritto di alienarlo irrevocabilmente; il che non ha luogo nella sostituzione propriamente detta. Il gravato non può alienare irrevocabilmente, poichè se il diritto de' chiamati viene ad aprirsi, tutte le alienazioni son risolute. I chiamati nol possono nemmeno, perchè sino a che si faccia luogo al loro diritto, è incerto se ne avranno mai alcuno sui beni sostituiti.

Quid, se molte persone acquistano in comune una cosa, o contrattano una società colla clausola che la totalità della cosa e del fondo messo in società apparterrà al successore? Non vi è forse in questa

(*a*) *Le disposizioni sui maioraschi tra noi non solo erano contenute nella legge del 5 agosto 1817, e nel regolamento annessovi, ma furono quasi tutte inserite nella prima parte del Codice e propriamente nella sez. vii cogli art. 946 a 963. Altre si aggiunsero colla legge de' 11 ottobre 1822 come diremo nelle Osservazioni a questo Titolo. Noi ne faremo parola in un' appendice.*

Ma stabilendo la proibizione generale di cui testè parlavamo, il legislatore ha considerato la situazione penosa di un avo, o di uno zio che muore coll' aspetto affliggente di una posterità immersa nella miseria a cagione della sregolata condotta di un padre dissipatore; e si è 897 determinato a permettere in loro favore l'eccezione di 942 cui ci facciamo ora ad esporre i principj e le conseguenze.

Noi vedremo nella prima sezione i casi ne' quali la sostituzione fedecommessaria può aver luogo, e le condizioni necessarie alla sua validità; e nella seconda, le obbligazioni che essa impone al gravato, non meno che i diritti che ne risultano in favore dei chiamati.

Sezione I.

Delle condizioni necessarie alla validità delle sostituzioni.

Le disposizioni coll' obbligo di conservare e di re-1048 stituire possono farsi tanto per atto tra vivi (356) che 1003 per testamento, dal padre e dalla madre, egualmente 1049 che dai fratelli e sorelle del gravato, purchè però que-1004 sti ultimi non abbiano discendenti in linea retta (357).

---

convenzione il peso di conservare e di restituire imposto a ciascun socio? Ciò può essere: ma perchè questo peso possa costituire una sostituzione nel senso dell' art. 896, bisogna ch' esso sia unito ad una disposizione a titolo gratuito. Ciò risulta dal testo dello stesso articolo, e dalla rubrica sotto la quale è posto. Ora nella specie proposta egli è chiaro che niuno de' socii ha inteso fare una donazione, ma un vero contratto aleatorio, e ciascuno nel suo proprio interesse. Ciascuno acconsente a perdere la sua parte, s' egli premuore, nella speranza di avere il tutto, se sopravvive. Così venne giudicato in Cassazione nel 12 piovoso anno IX. Veggasi egualmente una decisione della Corte di Parigi riportata da Villargues, *delle Sostit.* p. 332.

Da ciò ne segue che se per effetto di qualche circostanza il contratto cessasse di essere aleatorio, *puta* nel caso degli art. 1974 o 1975 † 1846 e 1847, la convenzione dovrebb' essere annullata, sia in forza de' suddetti articoli, sia in forza dell' art. 896.

(356) Ed in questo caso basta che la donazione sia accettata dal gravato. Non si può esigere l' accettazione dei chiamati i quali possono non essere ancora nati; ed altronde il gravato essendo di necessità uno de' loro ascendenti, ha qualità per accettare in nome loro e suo.

(357) Perchè questa restrizione? È impossibile assegnarne altro motivo che la volontà del legislatore. Mentre, poichè colui il quale ha

I fratelli e sorelle godono di questo diritto in un modo più esteso che i padri e le madri; imperocchè la legge non avendo stabilito alcuna riserva in favore dei collaterali, ne deriva che essi possono far cadere il peso della restituzione sulla totalità di ciò che spetta ai gravati (358), mentrechè la sostituzione fatta dai genitori

figli può donare al fratello il quarto, il terzo o la metà de' suoi beni, secondo il numero de' suoi figli, non si comprende perchè non potrebbe gravare di sostituzione questo quarto, questo terzo ec., per la stessa ragione per la quale egli può gravare il tutto quando può il tutto donare (a).

(358) Il modo in cui è redatto l'art. 1049 † 1004 ha fatto nascere una singolar quistione. Ecco il testo dell'articolo.

,, In caso di morte senza figli, sarà valida la disposizione che il ,, defunto avrà fatta con atto *tra vivi* o per testamento, in vantaggio ,, di uno o più de' suoi fratelli e sorelle ec. ,,

A voler prendere questa disposizione alla lettera, sembrerebbe che la donazione tra vivi fatta da un fratello al fratello con peso di sostituzione sarebbe valida, non ostante la sopravvegnenza di figli al donatore, se però questi figli morissero prima del padre; il che è contrario ai principii sopra stabiliti relativamente alla rivocazione delle donazioni per sopravvegnenza di figli. Ma l' interpetrar così questo articolo sarebbe un error manifesto. Le disposizioni relative a tal rivocazione sono così generali e positive, che non si dee ammettervi altre eccezioni all' infuori di quelle espressamente prevedute dagli articoli i quali hanno stabilito siffatta specie di rivocazione. Quanto all' art. 1049, bisogna intenderlo nel senso che le donazioni con peso di sostituzione fatte da un fratello a vantaggio del suo fratello, non sono valide se non quando il donatore non lasci figli, ancorchè ne avesse egli avuti nel momento della donazione; il che non ha luogo nelle donazioni ordinarie (art. 960 † 885); ma ciò non vuol dire che saranno esse valide ogni volta in cui egli non lascerà figli, se sono d'altronde annullate da altre disposizioni della legge.

Del rimanente, siffatto articolo par presentare sempre questa singolarità, che se la donazione del disponibile è fatta da un fratello che ha figli, sarà valida, se fatta senza alcun peso, e quand' anche i figli del donatore gli sopravvivessero, mentre sarà nulla nello stesso caso, ove contenga peso di restituzione. È impossibile, lo ripeto, di assegnare una ragione plausibile di questa distinzione la quale trovasi per altro testualmente stabilita dall' art. 1049 (b).

(a) *Veggasi la spiega che ne dà Grenier l. c. num.* 360, *sebbene in tutto il resto convenga col nostro Autore.*

(b) *V. in Toullier, l. c. n.* 796 *e* 797, *le altre singolarità che presenta l'art.* 1049; *e tutte le differenze tra le donazioni ordinarie, e quelle fatte col peso di rendere: donde ne derivano conseguenze che nascono direttamente e necessariamente dalle parole di quest'articolo, di cui egli è ben difficile poter assegnare una ragione qualunque.*

1048 non può cadere che sulla porzione disponibile (359). 1003

(359 La legittima non può esser gravata di alcun peso. Non si può in fatti imporre peso o condizione che quando si è padrone di disporre dei beni che vi si assoggettano.

Ma se un padre fa un prelegato ad uno de' suoi figli sotto condizione che tutta la sua quota ereditaria, compresa la legittima, ed anche il prelegato, se si vuole, saranno gravati di restituzione, la disposizione sarà essa valida per ciò che concerne la legittima? Cotal quistione era anticamente molto controvertita. Ricard, *delle Donaz.* part. 3. n.° 1128 e seg., sembra decidere la negativa. Lebrun, *delle Succes.* lib. 2. cap. 3. par. 4. n.° 2 e seg., sostiene l' affermativa, egualmente che uno de' suoi annotatori. Ma il sig. Espiard ha abbracciato l' opinione di Ricard.

In tale stato di cose, mi sembra che il parere di Lebrun debba essere preferito. Qualunque sia in effetti il dritto del legittimario sulla riserva, esso non è più forte nè più sacro del dritto di proprietà. Or non v' ha dubbio che il testatore possa imporre al suo legatario l' obbligo di donare la sua propria cosa ad un terzo; e senza uscire dalla materia delle sostituzioni, noi vediamo dall' art. 1052 † 1008 che il donatario tra vivi, il quale certamente è proprietario degli oggetti donati, può, quand' anche la donazione fosse pura e semplice, esser gravato di restituzione riguardo ai beni che ne fanno parte, s' egli ha accettato una seconda donazione che gli abbia imposto tal peso. D'altronde il testatore non può egli fare una disposizione in favore di uno de' suoi eredi legittimarii, sotto condizione che questi se ne contenterà per ogni dritto di legittima; e se il legittimario accetta la disposizione con piena cognizione di causa, si crede ch' egli sarebbe ascoltato se venisse quindi a reclamare un supplemento? Se dunque il testatore può imporgli questo obbligo, perchè non potrebbe imporgli quello di restituirla a suoi figli? Invano si opporrebbero le leggi le quali dichiarano la legittima indisponibile in mano del padre. Nella specie, non è, propriamente parlando, il padre che ne dispone, ma il figlio medesimo che accettando la disposizione fatta col detto peso, è presunto disporre egli stesso della sua legittima, della quale certamente ha la libera disposizione dal giorno della morte del suo autore. Invano si direbbe ancora che il padre diviene così indirettamente padrone della legittima. Noi risponderemo che è diritto di tutti i testatori di poter imporre de' sacrificii ai loro legatarii; e che il dritto del figlio alla legittima è sempre al coverto, poichè può, ricusando il legato, conservar la legittima intatta e senza alcun peso (*a*).

(*a*) *Sono dello stesso avviso Grenier tom.* 1 *p.* 622, *n.* 364, *e Toullier l. c. n.* 732 *e* 734. *L' art.* 1052 *non fa alcuna distinzione per escludervi la legittima: esso però non può estendersi per includere nella sostituzione non solo i beni compresi in una prima donazione, ma quelli ancora che avesse acquistati in altro modo. Il gravare di restituzione una gran massa di proprietà non è permesso dalla legge, e lo spirito del Codice non è di estendere, ma di restringere le sostituzioni ne' casi da esso preveduti.*

. Ma in ambi i casi, affinchè la sostituzione sia valida, è d'uopo: 1. che essa abbia luogo in favore di tutti i figli del gravato, nati e da nascere, senza eccezione, nè preferenza di età o di sesso (360); 1050 *1006*

2. Ch'essa non oltrepassi il primo grado (361); con 1048 *1003*

Ma non potrebbe farsi avverso questa dottrina una obiezione tanto più robusta in quantochè potrebbe fondarsi sull'interesse pubblico? Non si potrebbe dire che nel dritto attuale la proibizione di gravar la legittima è stabilita non solo nell'interesse de' legittimarii, ma ancora per impedire che una troppo gran quantità di beni non sia tolta dalla circolazione, e che, dietro ciò, le convenzioni delle parti non possono derogarvi, giusta l'assioma: *privatorum pactionibus juri pubblico non derogatur?* Ma si può rispondere: ciò che pruova che la proibizione di gravar la legittima è stabilita unicamente sull'interesse del legittimario, e che è fondata sul principio che non si può imporre peso se non ai beni cui si può donare o non donare, si è che è permesso di gravare di restituzione il fratello o la sorella per la totalità della successione. Non è dunque che la qualità di figlio la quale si oppone a far gravar la legittima. È quindi unicamente nell'interesse del figlio che la proibizione è stabilita. Ora, *unusquisque potest renuntiare juri in sui favorem introducto*; e ciò posto, gli argomenti cennati riprendono tutta la loro forza. (Si consulti a tal proposito un' arresto del parlamento di Parigi del 23 agosto 1662, riportato nel Repertorio alla voce *peine testamentaire* n. 7).

(360) L'art. 1048 † 1003 dice che i padri e le madri possono donare la quota disponibile ad uno o più de' loro figli, col peso di restituire ec. Deesi intendere per questa parola *figli*, quelli soltanto del primo grado, talchè un avo non possa gravare il figlio di un suo figlio premorto di sostituzione a vantaggio de' suoi figli, abnepoti del donatore? Io non sono di questo avviso. In fatti, poichè si è creduto dover permettere ad un padre che conosce il carattere prodigo del suo figlio, di sostituire la porzione disponibile ai figli di questo figlio, perchè non si concederebbe la stessa facoltà all'avo in favore de' figli d'un nipote dissipatore il di cui padre è premorto? Sarebbe impossibile escogitar una ragione di differenza: e siccome d'altronde la parola *figli* si prende spesso in dritto per tutti i discendenti. (Leg. 84 ff. *de verbor signif.*), non vi è motivo di darle qui un altro significato (*a*).

(361) *Quid* nel caso seguente? Un padre ha un figlio il quale ha

(*a*) *Il tribunale di Bayeux annullò la clausola di restituzione apposta nel testamento di Giacomo Hardy perchè non comprendeva formalmente i figli nascituri, nè le femine; ma la Corte di Caen la dichiarò valida atteso che la parola* discendenti (issus) *può applicarsi tanto ai figli da nascere quanto ai nati, e che la parola* nipoti *comprende anche le femine; e 'l ricorso venne rigettato dalla Cassazione con decis. del* 30 *marzo* 1807 *riportata dal Denevers vol. del* 1807 *pag.* 193.

tutto ciò i discendenti del chiamato predefunto hanno il

pronipoti di uno o più figli premorti. Può egli gravare il suo figlio di sostituzione in favore de' pronipoti suddetti? La negativa sembra risultare dal testo dell' art. 1048 † 1003, o piuttosto dal senso che presenta a prima vista; giacchè sembra non permettere di chiamare alla sostituzione che i figli in primo grado del donatario. Nondimeno io non posso adottare questa opinione. In fatti, se si eccettua il testo dell' articolo il quale sembra favorirla, non è possibile trovare altra ragione plausibile per giustificarla. Ed all' opposto tutt' i motivi i quali hanno potuto determinare ad adottare le sostituzioni pe' figli in primo grado, militano egualmente in favore de' pronipoti del donatario. Se dunque è possibile di schivare l' induzione che può trarsi dalle parole dell' articolo citato, mi sembra che allora non sarà più dubbio che la sostituzione in vantaggio de' pronipoti sia valida. E sulle prime, non si può forse dire che nel caso proposto i pronipoti salendo al grado del loro padre, mercè la rappresentazione, si trovano così figli in primo grado del donatario, e compresi quindi espressamente nella disposizione dell' art. 1048? Ma poichè sarebbe possibile che nel detto caso i pronipoti non potessero prevalersi del beneficio della rappresentazione, come, se il loro padre avesse incorsa l' indegnità prima di morire, non è inutile esaminare se queste parole dell' articolo *nel primo grado soltanto*, possano e debbano esser intese in tutt' altro senso che quello il quale sembrano naturalmente presentare.

Non può dirsi, per es., che queste parole *in primo grado* sono sinonime delle altre, *nel grado il più prossimo*; il che significherebbe semplicemente non potersi chiamare alla successione che gli eredi diretti i più prossimi al donatario; ovvero, in altri termini, che la sostituzione non può aver luogo *omisso medio*, il che è vero? Così, il padre il quale ha un figlio che abbia egli stesso un figlio e de' figli di questo figlio, non può gravarlo di restituzione a vantaggio de' suoi pronipoti, in pregiudizio di questo figlio, poichè in effetti le sostituzioni attuali non sono stabilite per somministrare il mezzo di gratificare un discendente in discapito dell' altro, ma unicamente, come l' abbiamo detto, per procacciare una risorsa alla discendenza del donatario. D' altronde, poichè, se il donatario avesse più figli, il donatore non potrebbe escluderne alcuno dal beneficio della restituzione, tanto più non può egli escluderne il figlio unico. Tal' è il primo senso che si può dare all' espressioni dell' art. 1048. Ma è ancora possibile d' intenderlo altrimenti; e per conoscere quale abbia potùto esser l' intenzione del legislatore su questo punto, è necessario rivolgersi alle disposizioni dell' antico dritto da lui evidentemente avute sotto l' occhio quando il capitolo delle sostituzioni venne scritto.

L' Ordinanza del 1747 permetteva due gradi di sostituzioni, vale a dire che un padre potea gravare il suo figlio di sostituzione verso i di lui figli, ed inoltre gravar cotesti verso i lor proprii figli. Era ciò fondato sul fine che aveano principalmente le antiche sostituzioni, la conservazione de' beni nelle famiglie. Oggi che questa ragione più non esiste, oggi che le sostituzioni hanno tutt' altro motivo, non si è voluto estendere tant' oltre la potestà del donante, e si è ristretta al

diritto di conseguir la porzione del loro padre, ancorchè esistessero altri figli in primo grado (362). 1051 1007

---

primo grado la facoltà di sostituire, cioè che permettendosi al padre di gravare il suo figlio in favore de' suoi pronipoti, non si è voluto ch' ei potesse colla stessa disposizione gravare i suoi pronipoti in favore de' loro figli. Ora non è forse questa la restrizione che il legislatore volle esprimere colle parole: *nel primo grado soltanto*? Vale a dire che dopo di avere stabilito un primo grado di sostituzione, il donante non potrà stabilirne un secondo. Quindi dietro questa interpetrazione la quale può egualmente essere ammessa, finchè non vi sarà che un grado di sostituzione e ch' essa avrà luogo in vantaggio degli eredi diretti del donatario i più prossimi in grado, la disposizione sarà valida (*a*).

(362) *Quid* se il chiamato fosse figlio unico? I suoi figli potranno essi raccogliere il beneficio della sostituzione? Il motivo del dubbio si trae dal testo medesimo dell' art. 1051 † 1007, la di cui redazione sembra annunziare che i discendenti del chiamato premorto non debbano essere ammessi a rappresentare il loro autore se non quando esistono altri figli in primo grado, dal che si potrebbe conchiudere che, *non essendovi più figli in primo grado*, la sostituzione svanisce.

Per risolvere questa difficoltà è pur necessario ricorrere all' antico dritto. L' art. 20 dell'Ordinanza delle sostituzioni diceva: " I chiamati ,, ad una sostituzione morti prima che si fosse fatto luogo al loro di- ,, ritto, non saranno in verun caso riputati averne trasmesso la spe- ,, ranza ai loro figli o discendenti, ancorchè la sostituzione fosse stata ,, in linea retta da ascendenti ,,.

L' art. 21 negava egualmente il beneficio della rappresentazione nello stesso caso, ammenochè l' autore della sostituzione non l' avesse ordinata con espressa disposizione.

(*a*) *Questa è pure l' opinione di Grenier*, delle *Donaz.*, *tom.* 1. *p.* 620 *n.* 361, *e di Malleville sull' art.* 1051; *ma Toullier*, *l. c. n.* 726, *la trova inconciliabile cogli art.* 1048 *e* 1049. *Egli è vero che non vi sarebbe allora che un solo grado di sostituzione; ma non è del primo grado de' figli nati o da nascere dal donatario gravato. Le antiche sostituzioni graduali sono proscritte dal Codice anche nel caso degli art.* 1048 *e* 1049. *Quindi la disposizione così concepita: io dono tal fondo al mio figlio Paolo o al mio fratello a carico di renderlo a' loro figli nati o nascituri, e col peso a costoro di renderlo ai figli che nasceranno da essi, quest' ultima parte della disposizione che incarica i figli del donatario di rendere ai suoi nipoti sarebbe nulla. Ma lo stesso autore avverte nel num.* 729 *che il rimanente della disposizione sussisterebbe, per non aver il Codice pronunciato in questo caso la nullità, non può supplirsi. È questo il caso di applicare la massima* utile per inutile non vitiatur, *o quel che diceva il sig. Daniels nelle conclusioni che furon seguite dall' arresto di cassazione del* 31 *marzo* 1807, *che la nullità della clausola di restituzione non opera la nullità dell' istituzione.* (*V. Sirey an.* 1807, 1. *par. p.* 198).

3. Che, s' ella ha luogo tra vivi, sia fatta nell'atto medesimo che contiene la disposizione a favore del gravato. Se però il donatario non incaricato di restituire accetta una nuova liberalità fatta con atto tra vivi o con testamento contenente la condizione che i beni precedentemente donati rimanessero gravati di restituzione (363), egli non può più dividere le due disposizio-

---

Risultava da questi due articoli che quando un chiamato moriva prima del gravato, il beneficio della sostituzione apparteneva per intero agli altri chiamati, esclusi i figli del predefunto. Si dava per motivo di questa disposizione che la rappresentazione non ha luogo che nelle successioni intestate, e non mai nelle donazioni tra vivi e testamentarie. Ma questa stessa disposizione la quale era forse soggetta a grandi inconvenienti nel dritto antico in cui le sostituzioni poteano aver luogo riguardo a qualunque individuo, anche estraneo alla famiglia del sostituente, sarebbe stata contraria alla giustizia nel dritto attuale che non ammette le sostituzioni se non ne' casi in cui è ammessa la rappresentazione e non le considera che come effetti della tenerezza e previdenza paterna. È dunque questa semplice disposizione dell'Ordinanza del 1747 che si è voluto abrogare, e con ragione, decidendo che venendo a morire uno de' chiamati prima del gravato, i suoi figli o discendenti potrebbero rappresentarlo quanto alla sostituzione, e prendere la parte che gli sarebbe appartenuta nei beni sostituiti, ancorchè esistessero altri figli in primo grado, ed ancorchè il testatore non l'avesse espressamente ordinato. In conseguenza la congiunzione *se* non dee nell' art. 1050 intendersi come se facesse condizione, ma per contrario nel senso di *quantunque*, *ancorchè*; poichè effettivamente il caso in cui esistano altri chiamati in primo grado era il solo in cui potesse esservi dubbio, atteso che costoro avrebbero potuto pretendere, che personalmente chiamati dal donatore, dovevano essi soli raccogliere il beneficio della sostituzione, a prefenza de' figli del predefunto i quali non erano direttamente chiamati coll'atto di donazione. Or questo articolo così inteso, lungi dall' escludere i pronipoti del figlio unico del chiamato li ammette anzi espressamente; poichè li chiama nel caso anche in cui esistessero figli in primo grado, i quali avrebbero esclusi quelli nel sistema dell' Ordinanza (*a*).

(363) Il donatario potrebbe mai consentire puramente e semplicemente, senza che fosse fatta una nuova liberalità, che i beni precedentemente donati fossero gravati di restituzione? No. Non si può gravare se stesso, nè interdirsi il dritto di alienare e disporre.

Sarebbe, del resto, possibile che il donante si contentasse di gravare di restituzione i beni compresi nella prima donazione, senza imporre lo stesso peso ai beni compresi nella seconda.

(*a*) *Anche qui Toullier è di diverso avviso. L' eccezione stabilita dall' art.* 1051, *dic' egli, a favore de' discendenti del figlio premorto è ristretta al caso che questi discendenti concorrano con uno o più figli del gravato.*

ni (364), ancorchè offrisse di rinunziare alla seconda,
e di restituire i beni che vi sono compresi (365).

Sezione II.

Delle obbligazioni del gravato, e del diritto dei chiamati.

È massima che i chiamati non abbiano alcuna specie di diritto sopra i beni soggetti a restituzione, fintantochè dura il godimento del gravato (366); quindi il

(364) Purchè tuttavia non tocchi la riserva legale che, come l'abbiam detto, non può essere gravata di alcun peso, salvo ciò che si è discorso nella nota 359 pag. 297.

Ma da qual giorno il peso di restituzione avrà effetto riguardo ai terzi, e per ciò che concerne i beni compresi nella prima donazione? Dal giorno della trascrizione. Ma quale atto converrà far trascrivere? Io credo che bisognerà fargli trascrivere tutti e due: il primo, perchè contiene la disposizione; il secondo, perchè contiene il peso di restituzione. Ma se questo peso non gravita che sulla prima donazione, la trascrizione dovrà sempre esser fatta all'ufficio del luogo ove sono situati i beni compresi nell'atto.

(365) Da questa disposizione appunto io ho conchiuso che il donante può costringere il donatario a compiere le condizioni impostegli coll'atto di donazione, e che non è in arbitrio di costui liberarsene offrendo di restituire i beni donati. (V. qui sopra la nota 148 p. 131).

(366) Il peso di restituzione contenuto in un atto tra vivi potrà esser distrutto, annullato, anteriormente all'apertura del dritto dei chiamati, col solo consenso del donante e del gravato? L'Ordinanza conteneva su tal proposito una formale negativa disposizione (tit. 1 art. 11); e poi ch'essa non è rinnovata nel Codice, si dee presumere che il legislatore non ha inteso mantenerla, e che bisogna riferirsi per questo riguardo alla disposizione generale del dritto la quale vuole che, *unaquaeque res dissolvi possit eodem modo quo fuit colligata*. Era questo pure il sentimento di Ricard, che scriveva prima dell'Ordinanza. (*Delle Sostit. dirette e fedecom.* par. 1. n. 137 e seg.) (*a*).

Il testatore potrebbe egli fare una sostituzione a tempo, vale a dire potrebbe ordinare che i beni sarebbero restituiti ai chiamati prima della morte del gravato? La legge non essendosi pronunziata sull'epoca della restituzione, non so come si potrebbe annullare una simile disposizione.

(*a*) *La disposizione dell'art. 11 dell'Ordinanza, dice Toullier, l. c. n. 737, debb'essere osservata anche sotto l'impero del Codice: poichè l'impegno di rendere è contratto dal donatario non già verso il donante, ma verso i chiamati. Esso esiste indipendentemente dalla di loro accettazione di cui la legge li ha dispensati; quindi non può esser ritrattato senza il di loro consenso.*

loro diritto intorno a ciò non si apre che dall' istante in cui questo godimento viene in qualsivoglia modo (367)

Quid, se nulla è detto riguardo all' epoca della restituzione? Si dovrà presumere che l'epoca è quella della morte del gravato. (Ricard, *delle Sost.* par. 2., n. 21.)

(367) Per conseguenza colla morte civile non meno che colla morte naturale del gravato; il che era controvertito prima dell' Ordinanza sulle sostituzioni. Ricard, *delle Dispos. condiz.* n. 329 e seg. (Ma l' Ordinanza avea deciso come il Codice art. 24).

Quid, in caso di assenza del gravato? I chiamati potranno provocare la dichiarazione di assenza e la provvisoria immissione in possesso. Essi sono parti interessate; e perciò, a' termini dell' art. 123 † 129, potranno esercitare i dritti risultanti in loro favore dal peso di restituzione.

Quid, se il gravato dilapida o deteriora i beni compresi nella restituzione; come, se abbatte le case, recide gli alberi, non fa le riparazioni di cui è incaricato ec.? Il Codice non ha preveduto questo caso. Io credo che si potrebbe applicare ciò che l' art. 618 † 543 stabilisce riguardo all' usufruttuario (*a*). Ed in fatti, poichè l' art. 1057 † 1013 lo dichiara decaduto dal beneficio della disposizione sol perchè non ha preso le misure prescritte per comprovare il valore de' beni compresi nella sostituzione, tanto più debb' egli esserne decaduto quando procura di distruggerli.

Quid, se il peso di restituzione è imposto per testamento e che il gravato sia morto prima del disponente o abbia rinunziato alla sua successione, i suoi figli potranno raccogliere il beneficio della disposizione?

La ragione del dubbio si deduce da ciò che si contiene nell' art. 1053 † 1009, cioè, che si fa luogo al dritto de' chiamati dal punto in cui cessa il godimento del gravato. Ma perchè cessi questo godimento, è d' uopo che sia cominciato. Ora quando il gravato rinunzia o è premorto, egli non ha mai goduto. Sembrerebbe dunque che in questo caso la disposizione dovesse essere totalmente annullata. La soluzione di questo dubbio dipende dal sapere se nel nostro dritto la sostituzione fedecommessaria rinchiude la volgare. È certo che così era sotto l' Ordinanza, art. 27, pel caso di rinunzia del gravato; e se dall' art. 26 altrimenti si disponeva circa il caso della sua premorienza, questa disposizione la quale non era osservata che nei paesi di dritto scritto, dipendeva dai principii del dritto romano secondo i quali la caducità dell' istituzione portava seco la nullità di tutto

(*a*) *Il Grenier è della stessa opinione l. c. n. 375, ed aggiunge nel num. seguente che nel caso di privazione per malversazione la proprietà de' beni si devolve ai chiamati, come nel caso dell' abbandono anticipato, e giusta l' art. 609 † 543 del Cod. nel caso dell' usufrutto; mentre quantunque la restituzione sia stata forzata, essa è nondimeno occasionata, come dice Furgole, dai fatti che in origine sono volontarii, di tal che questo caso debb' essere assimilato a quello dell' abbandono anticipato.*

a cessare, eziandio per l' abbandono anticipato che ne facesse loro il gravato (368); senza però che siffatto ab-

---

il testamento; e ciò che il pruova si è che questa disposizione non avea luogo allorchè il testamento contenea la clausola codicillare. Quanto al dritto attuale, quantunque la disposizione dell' art. 27 non sia stata formalmente ripristinata nel Codice, pure io giudico che debba essere applicata. Vedismo in fatti dall'art. 1057 che il gravato il quale non ha adempito alle formalità prescritte dagli articoli precedenti, è decaduto dal beneficio della disposizione, e che nondimeno il dritto potrà essere dichiarato aperto in vantaggio de' chiamati. Ora, perchè la rinunzia che è un volontario decadimento non avrà lo stesso effetto del decadimento forzato? Quanto al caso della premorienza del gravato, abbiamo testè veduto che anche sotto l' Ordinanza esso dava luogo al dritto de' chiamati, quando il testamento rinchiudeva la la clausola codicillare. Ora, presso di noi i testamenti altro non sono quanto ai loro effetti che i codicilli de' Romani. D' altronde è certo che il testatore ha preferito in qualche modo i chiamati al gravato, poichè obbliga costui a conservar loro i beni. Dunque a più ragione li ha preferiti agli altri eredi. Dunque è vero che nel nostro dritto la sostituzione fedecommessaria comprende la volgare, e che per conseguenza si fa luogo al dritto de' chiamati non solo quando cessa il godimento del gravato, ma ancora quando esso non ha luogo per morte precedente, rinunzia, indegnità, ec.

È chiaro, del rimanente, che queste disposizioni non sono applicabili al caso in cui la sostituzione fosse compresa in una donazione tra vivi, giacchè la donazione essendo del tutto nulla ove il donatario non accetti o sia incapace, la sostituzione rimane del pari annullata. Non sarebbe così nel caso di rivocazione della donazione per causa d'ingratitudine; perciocchè la donazione essendo stata perfetta nel principio, il fatto del donatario non può pregiudicare i chiamati, a vantaggio dei quali al contrario si fa luogo al diritto tostochè cessa il godimento del chiamato.

(368) Ma allora i beni abbandonati saranno essi interamente liberi nella mano de' chiamati ai quali fossero stati abbandonati? No; per la ragione che dovendo aver luogo la sostituzione a vantaggio di tutti i figli del gravato nati o nascituri, il numero de' chiamati non può determinarsi che dal momento in cui sarà certo non poter nascere più figli al gravato. Sino allora i chiamati ai quali sono i beni abbandonati, rimangono gravati essi medesimi di sostituzione in favore degli altri figli che potrebbero sopravvenire al gravato.

Del rimanente questo abbandono anticipato può far nascere molte quistioni.

Un gravato che ha due figli fa loro l' abbandono dei beni sostituiti ch' eglino si dividono per metà. L' uno di essi muore senza figli. Nasce un terzo figlio al gravato. È certo che questi ha dritto, morto il gravato, di reclamar la sua parte nei beni sostituiti. Ma qual parte reclamerà egli? Il terzo o la metà? Credo che debbe essere la metà. L' abbandono anticipato fatto da suo padre non ha potuto pregiudicarlo; il suo dritto e i suoi interessi sono tanto sacri quanto quelli de' creditori.

bandono possa pregiudicare ai diritti de' suoi creditori

Ora, se l'abbandono non avesse avuto luogo, non si sarebbero trovati che due chiamati in morte del gravato, e quindi ciascuno avrebbe raccolto la metà de' beni sostituiti. Dunque, ec.

Ma come e da chi gli sarà fornita questa metà? Potrà egli ripeterla tutta quanta dalla successione del predefunto, ovvero gli sarà congiuntamente somministrata da questa successione e dal chiamato superstite per eguali porzioni? Io inclinerei a questo ultimo partito, e ciò per le ragioni dedotte nel paragrafo seguente. Osserviamo in effetti che il figlio nato dopo l'abbandono non è parte nel dibattimento; poco gl'importa da chi è come la quota gli sarà data. Il dibattimento non ha dunque luogo che tra il figlio superstite e la successione del predefunto. Ora, gli eredi di questi possono opporre al chiamato superstite ch'egli accettò l'abbandono; che fu dunque una sorte ch'ei volle correre, che questa gli sarebbe stata propizia se per avventura il gravato gli avesse sopravvissuto; ch'egli non può dunque dolersi se per effetto delle circostanze l'evento gli è divenuto svantaggioso ec.

Ma *quid* se nel caso proposto non nacque un terzo figlio al gravato, il chiamato che solo ha sopravvissuto non può egli pretendere che per la precedente morte del fratello, la metà raccolta da questi debba a lui appartenere in esclusione di tutti gli altri successori del predefunto, e ciò dietro lo stesso ragionamento or ora fatto riguardo al terzo figlio? Se l'abbandono non fosse fatto, egli si sarebbe trovato solo chiamato in morte del suo padre; avrebbe egli solo dunque raccolto la totalità dei beni, quindi ec. Io non credo che questa pretensione abbia fondamento, ed ecco in che fo consisterne la differenza col caso del penultimo paragrafo. Nel caso presente, il chiamato superstite ha accettato l'abbandono. È una specie di contratto aleatorio cui egli ha acconsentito. Il dritto poteva non aprirsi mai in suo favore, come poteva aprirsi per la totalità. Egli ha preferito la certezza di aver la metà o una porzione qualunque alla speranza di avere il tutto. È una sorte ch'egli ha voluto correre, e che per l'evento gli è stata contraria. Nel caso precedente all'oppposto il terzo figlio non era parte nell'atto di abbandono. Se fosse morto prima del gravato, il suo dritto sarebbe interamente svanito: non essendovi stata dunque alcuna vicenda in suo favore, non si può esigere da lui verun sacrificio.

Se il godimento del gravato cessò prima della sua morte e che in conseguenza i beni sostituiti sieno stati devoluti ai chiamati esistenti, i figli che potrebbe in seguito avere il gravato saranno essi in tutti i casi obbligati ad aspettare la di lui morte per domandare le loro parti nei detti beni? Io dico che bisogna distinguere: se la cessazione del godimento proviene da un abbandono anticipato fatto dal gravato, siccome quest'abbandono è una liberalità, si presume sempre fatta *intuitu personae*, io credo che il dritto dei chiamati non esistenti nell'epoca dell'abbandono non si aprirà che alla morte del gravato, e che non potranno essi perciò esercitarlo se non quando a lui sopravviveranno. Questa ragione non essendo applicabile al caso in cui il godimento del gravato è cessato per tutt'altra causa, il dritto de' figli che sopravverranno posteriormente alla detta cessazione si aprirà dal mo-

anteriori all' abbandono suddetto (369), egualmente che 1053
alle ragioni de' terzi acquirenti de' beni sostituiti (*a*). *1009*

mento della loro nascita: essi avranno dritto da quel momento a domandare la divisione.

(369) Quand' anche fossero chirografarii. La legge non distingue: ma siccome l' articolo esige altresì che i creditori sieno anteriori all' abbandono, ne segue che per poter profittare del beneficio di questa disposizione bisognerà che il loro credito abbia data certa.

Quale sarà il dritto de' creditori del gravato se questi rinuncia alla disposizione? Io penso, traendone argomento dall' art. 788 † 705, che essi potranno accettarlo in suo nome e nel loro interesse soltanto, ad oggetto di pagarsi sulle rendite ed anche sulla proprietà, se alla morte del gravato non esistessero chiamati, ma senza che questa accettazione possa in nulla giovare al gravato. In conseguenza, pagati una volta i creditori, la rinunzia avrà tutto il suo effetto, ed i beni passeranno irrevocabilmente sia ai chiamati, se ve n' ha, sia agli altri eredi del disponente; ma in tutti i casi col peso della restituzione qualora nascessero altri figli al gravato posteriormente alla detta rinunzia.

L' articolo non parla che de' creditori anteriori: dal che deesi conchiudere che l' abbandono può essere opposto sempre ai creditori posteriori. Ma per altro un tale abbandono non potrebbe essere riguardato come una donazione, e non dovrebbe in conseguenza esser trascritto se nel numero dei beni abbandonati vi fossero degl' immobili? Si dirà forse che questo non è che un abbandono di frutti i quali sono cose mobili: ma esso è altresì un' alienazione eventuale della proprietà, giacchè il gravato avrebbe potuto divenir proprietario, se, per esempio, tutti i chiamati fossero morti prima di lui senza discendenza; ed in questo caso tutte le alienazioni che avesse egli potuto fare, tutte le ipoteche cui avesse potuto consentire, sarebbero state valide. Sembra dunque che sotto questo rapportò si sarebbe potuto esigere la trascrizione.

Quid, riguardo all' acquirente? L' articolo non ne parla. Nondimeno siccome lo spirito generale del Codice, e noi l' abbiam fatto osservare più volte, è quello di favorire gli acquirenti assai più che non i creditori, bisogna tener per fermo che la disposizione dell' art. 1053 † 1009 debb' essere applicata tanto più agli acquirenti anteriori all' abbandono. Essi hanno in fatti acquistato da prima la sicurezza di godere innanzi la morte del gravato, e poi la speranza ancora di diventar proprietarii incommutabili se il gravato veniva a morir senza prole. Le convenzioni particolari, posteriormente fatte tra il gravato ed i chiamati, non possono pregiudicare i loro diritti.

(*a*) *Veramente l' art.* 1053 † 1009 *che l' autore cita nel margine parla solo de' creditori anteriori all' abbandono*; *ma la ragione esige che tal disposizione si applichi anche ai terzi possessori prima di tale abbandono*; *di modo che se la restituzione non debba aver luogo perchè i chiamati muojano prima del gravato, e che perciò la sostituzione si caduchi, i terzi possessori conserveranno la proprietà, come se l' abbiano acquistata da colui il quale per un evento ne sia diventato diffinitivamente il proprietario. V.* Grenier, *l. c. num.* 367.

Quanto al gravato, bisogna guardarsi dal confondere il suo diritto con quello di un semplice usufruttuario. Noi abbiamo già veduto nel principio di questo capitolo la distinzione formale che la legge ha stabilita fra la sostituzione e la disposizione con la quale si donasse ad uno l'usufrutto, e la nuda proprietà all'altro; ed in fatti il gravato è realmente proprietario de' beni sostituiti, talmente che morendo egli senza posterità, le alienazioni da lui fatte o le ipoteche da esso consentite sarebbero irrevocabili. Ma come questa proprietà può essere sciolta per la sopravvivenza de' suoi figli, ed è conseguentemente incerta nella di lui persona sino al momento della sua morte, ne risulta che le sue obbligazioni sono a un di presso le medesime che quelle dell' usufruttuario (370). Indi parecchie formalità, alcune delle quali, prescritte per l'interesse dei chiamati, hanno per oggetto di provare la quantità dei

(370) Nei suoi rapporti con i chiamati, e relativamente alla conservazione, all' amministrazione ed alla restituzione de' beni, egli ha in realtà gli stessi diritti e le obbligazioni stesse dell' usufruttuario: egli è tenuto alle cure, alle riparazioni medesime; ma vi ha queste differenze:

1. Che durante il suo godimento egli ha la direzione di tutti gli affari e di tutte le azioni concernenti i detti beni, tanto come attore che come reo convenuto, salvo a chiamare il tutore dato alla sostituzione per quelle che possono interessare il fondo de' beni:

2. Ch' egli è tenuto a fare tutte le riparazioni qualunque sieno; cioè le riparazioni usufruttuarie come quegli che percepisce i frutti, e le altre come amministratore ed anche come proprietario; ma con questa distinzione, che le prime sono a suo carico in tutti i casi, essendo un peso de' frutti che gli appartengono irrevocabilmente; mentre riguardo alle altre, avvenendo il caso della restituzione, egli e la di lui successione hanno un regresso contro ai chiamati. Bisognerà dunque applicargli quello che è stabilito pel donatario obbligato alla collazione nella nota 244 dell' antecedente Titolo, vol. 4 pag. 192. Quindi egli ha dritto di ripetere le spese necessarie diverse da quelle di mantenimento, le spese utili (*a*), *quatenus res praetiosior facta est* nell' atto della restituzione, e quanto alle voluttuose, ei può portar via ciò che può togliersi senza deteriorazione. Le spese di suggelli e d' inventario son prelevate dalla massa de' beni. Si dica lo stesso per quelle di

(*a*) *In questo la condizione del gravato differisce da quella dell' usufruttuario che non può reclamare alcuna indennità per le migliorazioni fatte abbenchè il valore della cosa fosse aumentato* (*art.* 599 † 524). *La ragione della differenza consiste in ciò, che il gravato essendo proprietario ha dritti più estesi che un semplice usufruttuario che nulla può fare senza consultare il proprietario. V. Pothier*, du Douaire *n.* 376, *e Toullier*, *l. c. n.* 775.

beni compresi nella sostituzione, e di assicurarne la conservazione ai chiamati; e le altre di prevenire le sorprese che potessero aver luogo a danno de' terzi.

Noi tratteremo ne' due seguenti paragrafi di queste due specie di formalità, facendo preventivamente osservare, che nè l' età minore del gravato, nè l' insolvibilità del suo tutore possono farlo restituire contra l' inesecuzione delle regole che gli sono prescritte in questi due paragrafi. 1074 1030

§. I.

Delle formalità prescritte per l' interesse dei chiamati.

La prima di queste formalità è la nomina di un tutore alla sostituzione. Questo tutore è incaricato di vegliare all' esecuzione di tutte le formalità contenute in questo e nel seguente paragrafo, ed è personalmente risponsabile della loro inesecuzione (371). Egli lo è egualmente, qualora non usi tutte le diligenze necessarie af-

---

trascrizione e d'iscrizione (a). Quanto ai dritti di mutazione, ei dee pagarli per intero; ma avvenendo il caso della restituzione, egli ha la facoltà di ripetere dai chiamati la porzione ch'è a loro carico e che si valuta in questo caso come riguardo al proprietario quando evvi un usufrutto: tutto ciò è analogo all'opinione di Ricard, *delle Sostit.* par. 2, n. 153.

(371) Ma non è soggetto all' obbligo personale: non esiste su questi beni ipoteca legale. Questa ipoteca nell'attual sistema ipotecario è un dritto esorbitante il quale non può quindi aver luogo che nei casi formalmente espressi. Or la legge non ha stabilita ipoteca tacita o legale che sui beni dei tutori dati ai minori.

Del resto quest' obbligo de' tutori non pregiudica affatto al regresso dei chiamati sui beni liberi del gravato, a causa dell' inadempimento degli obblighi che gli sono imposti. Non parla il Codice di tal regresso, ma è di diritto. Tostochè la legge impone delle obbligazioni al gravato, i suoi beni rispondono della esecuzione (art. 2092 † 1962).

(a) *Ma le spese di trascrizione e d' iscrizione non sono un peso che la legge gl' impone, al pari che quelle di mutazione, come riflette Toullier, l. c. n. 776.*

1073 finchè, verificandosi il caso della restituzione (372), essa
1029 sia bene e fedelmente eseguita (373).

(372) Allorchè i chiamati i quali, come si è veduto, debbono essere sempre i discendenti del gravato, si dichiarano eredi del loro padre, non v'è difficoltà relativamente alla restituzione del fedecommesso; i loro diritti come eredi e come sostituiti si confondono, e non v'è luogo ad elevar la quistione se sono investiti o no de' beni sostituiti. È lo stesso se si danno per eredi beneficiati. Sono essi sempre in tal qualità investiti di tutti i beni della successione nel numero dei quali trovansi i beni sostituiti. Ma se rinunziano, allora può presentarsi la quistione: sono essi investiti di pieno dritto de' beni sostituiti; o sono obbligati di domandare il rilascio, e non possono ripetere i frutti che dal giorno di tal domanda? L'Ordinanza, tit. 1 art. 40, decideva che *il sostituito anche in linea retta non era investito di dritto; ma che era obbligato di domandare il rilascio, e che i frutti non gli erano dovuti che dal giorno in cui tal rilascio era stato domandato o consentito. Quid juris* oggidì? Mi sembra che la decisione dell'Ordinanza debba ancora essere ammessa. In fatti il gravato è istituito col peso di rendere. Accettando l'istituzione egli contrae l'obbligo di restituire. Da quest'obbligo nasce un'azione semplicemente personale in favor de' chiamati contra il gravato o la di lui eredità, azione indipendente dal *jus in re* ch'essi possono avere sugl'immobili dipendenti dalla sostituzione. In una parola, essi hanno assolutamente diritti eguali a quelli di un legatario, ed anche di un legatario a titolo particolare, poichè ciò ch'essi hanno da reclamare non è una quota dell'eredità del gravato. Non possono dunque percepire i frutti che dal giorno del rilascio domandato o consentito.

(373) Quali sono le cose che debbono esser comprese nella restituzione? Possono presentarsi su questo punto alcune quistioni che noi ci facciamo ad esaminare.

Prima di tutto, *quid* riguardo agli aumenti che la parte del gravato avrà potuto ricevere per diritto di accrescimento o per la caducità di altre disposizioni? Io penso che faccia d'uopo distinguere. Se il testatore ha ordinato semplicemente la restituzione di una cosa certa, è indubitato che la restituzione dee limitarsi alla cosa indicata; ma se, come il più sovente accade, ha egli ordinata la restituzione del disponibile, allora, eccettuata la riserva o legittima, tutto il resto debbe essere restituito. (V. la precedente nota 258 pag. 215).

Quid riguardo alle prescrizioni acquistate dal gravato? V. la seguente nota 383 pag. 313 *in fine*.

Quid circa gli aumenti sopravvenuti per accessione, come le alluvioni, gli interramenti, le isole formate nelle riviere? Non è dubbio che sono essi compresi nella restituzione. (L. 16 ff. *de legatis* 3).

Quid intorno ai frutti? Distinguiamo. Se trattasi di frutti scaduti o percepiti al tempo della morte del testatore, debbono restituirsi, poichè fanno parte della successione: quanto a quelli che sono stati percepiti dopo, la legge 9 ff. *ad legem falcid.* decide che i frutti maturati al momento della morte aumentano la successione. La quale decisione può essere applicata al caso in cui si tratta di determinare la

Il tutore può essere nominato dal disponente medesimo, tanto nell' atto che contiene la disposizione, quanto in qualunque atto posteriore, purchè sia autentico (374). 1055 1011

In mancanza di tutore nominato dal disponente (375), si procede a questa nomina (376) ad istanza del gravato

---

massa ereditaria, onde stabilire se v' è luogo a ridurre le disposizioni. Ma io non credo che debba essa applicarsi al caso della restituzione. Il gravato nel nostro dritto è in tutto assimilato ad un usufruttuario; e per conseguenza dee far suoi i frutti pendenti dalle radici al momento che incomincia il suo godimento, se tuttavia esso dura fino a che sieno quelli percepiti. V. l' art. 585 † 510 e la nota 16 vol. 3 pag. 199.

Quid relativamente al tesoro rinvenuto in un fondo compreso nella sostituzione? Se trovollo il gravato, la parte che gli spetta come scopritore va in profitto di lui solo. Ma crederei che dell' altra parte dovessero profittare i chiamati, poichè il gravato la percepisce *propter fundum*; e che è lo stesso quando il tesoro è stato trovato da un terzo.

Quid riguardo alle bonifiche che avesse il gravato potuto ottenere dai creditori della successione? Ricard, par. 2. n. 70, pretendeva ch' esse dovessero cadere in profitto del gravato. A me sembra che l' opinione contraria sia preferibile; poichè se, come il più generalmente avviene, il timore del ritardo o di una maggior perdita ha determinato i creditori ad acconsentire al sacrificio, qual ragione ha egli il gravato per domandare di goderne solo, in esclusione dei chiamati che avrebbero probabilmente ottenuto gli stessi vantaggi se avessero potuto direttamente trattare con i creditori? Del resto il gravato profitta sempre di queste bonifiche poichè se ne accresce di altrettanto la massa della successione della quale egli ha il godimento ed anche la proprietà suscettibile di risoluzione.

(374) Non si comprende perchè siffatta autenticità sia richiesta, nè come il defunto, il quale avrebbe potuto donar tutto il disponibile con un testamento olografo, o nominare in un simile testamento un tutore alla sostituzione che vi avesse fatta, non potrebbe coll'atto medesimo nominare un tutore alla sostituzione che avesse fatta con una anteriore donazione tra vivi.

(375) Vale a dire se non ne abbia egli nominato, o se quegli che ha nominato venga a mancare.

(376) Da chi sarà essa fatta? Senza dubbio da un consiglio di famiglia. Ma da quali parenti tal consiglio dovrà esser composto? Siccome questo tutore è stabilito interamente nell' interesse de' chiamati, io credo che la nomina va fatta dal consiglio che sarebbe convocato se si trattasse di nominare un tutore ai chiamati. Se però il gravato non fosse ancora ammogliato, è chiaro che non si potrebbe comporre il consiglio di famiglia che di parenti del gravato.

Debb' egli nominarsi un tutor surrogato? Io non lo credo. Nè osta l' art. 409 † 330 che va evidentemente inteso riguardo al tutore amministrante. Or qui il tutore non è che un sorvegliante dell' amministrazione del gravato; sarebbe dunque un sorvegliante dato ad un sorvegliante, il che non è ammessibile.

o del suo tutore, nel caso ch' ei sia minore; e ciò nel
1056 termine di un mese dalla morte del disponente (277), o
1012 dal giorno in cui, dopo questa morte, si avrà avuta notizia dell' atto contenente la disposizione. In qualunque modo il tutore sia stato nominato, non può dispensarsi
1055 che per una delle cause espresse al Titolo *della minore*
1011 *età ec.*

Mancando il gravato di soddisfare all'obbligo di far nominare un tutore, decade dal benefizio della disposizione (378), ed il diritto ai beni sostituiti può dichiararsi aperto (379) a favore dei chiamati, ad istanza o

(377) Per conseguenza non dee nominarsi alcun tutore durante la vita del disponente, quand' anche la sostituzione fosse stata fatta tra vivi: *dalla morte del donante o testatore*, dice l' art. 1056 † 1012. Si è pensato che il disponente avea più ch' altri mai interesse di sopravvegghiare all' esecuzione delle proprie sue disposizioni.

(378) Quand' anche fosse minore, salvo il di lui regresso contro al suo tutore, senza però che l' insolvibilità di quest' ultimo possa giovargli per domandare di essere restituito. Questa disposizione si applica a tutte le formalità dell' esecuzione le quali sono a carico del gravato (art. 1074 † 1030).

(379) Sembra singolare a prima vista che dopo aver detto in modo formale che il gravato è decaduto dal beneficio della disposizione, il che è pienamente imperativo, l' articolo aggiunga che il diritto *può* dichiararsi aperto a favore dei chiamati; il che suppone che potrà non esserlo. Ciò non contraddice forse al principio da noi sopra stabilito, che si fa luogo al diritto de' chiamati dall' istante in cui è certo che il gravato ha perduto il godimento de' beni sostituiti? No, senza dubbio, ed è facile dimostrare che l' articolo non potea esser altrimenti redatto (*a*).

In tutti i casi il gravato è decaduto sol perchè non ha compiuto le formalità che gli sono prescritte; ma perchè si apra il dritto dei chiamati, bisogna che de' chiamati vi sieno. Or può facilmente non esservene ancora. *Quid juris* in questo caso? I beni ritorneranno nella massa della successione col peso della sostituzione, vale a dire che saranno divisi *ab intestato*, e che la parte di ciascun erede nei detti beni resterà gravata di sostituzione in favore de' figli che potranno sopravvenire al gravato. Se il gravato ha già de' figli, il dritto sarà aperto in lor favore anche col peso della restituzione. Bisognerà dunque sempre eseguire le disposizioni prescritte, sia nell' interesse dei chiamati medesimi, sia nell' interesse de' terzi.

(*a*) *L' espressione* decade, *dice il Grenier, l. c. num.* 385, *non dev' esser presa letteralmente, mentre combinandole colle altre* potrà dichiararsi *ec. ne risulta che la decadenza dipenda dalle circostanze in vista delle quali i giudici potranno pronunziarla immediatamente, ovvero dopo un nuovo termine che credessero dover accordare.*

di loro stessi se sono in età maggiore, o, se sono minori o interdetti, ad istanza de' loro tutori o curatori, o di qualunque parente, o anche *ex officio*, a richiesta del procuratore del re presso il tribunale del luogo in cui la successione è aperta. 1057 *1013*

Nominato il tutore, si dee procedere in di lui presenza e nelle forme ordinarie, all'inventario di tutti i beni ed effetti componenti la successione del disponente (380). Esso debb' esser fatto ad istanza del gravato di restituzione; e mancando egli di farlo nel termine stabilito nel Titolo *delle successioni*, si procede alla sua formazione, ad istanza del tutore della sostituzione, o in suo difetto (381) a diligenza delle persone sopra indicate per chiedere l' apertura del diritto in favor dei chiamati, nel caso che il gravato sia decaduto dal beneficio della disposizione (382). In ogni caso, il gravato, o quegli che lo rappresenta, ed il tutore della sostituzione debb' esservi chiamato (*a*). 1058 *1014* 1059 *1015* 1060 *1016* 1061 *1017*

L' inventario suddetto dee contenere la stima a giusto prezzo e senza aumento degli effetti mobiliari. Le spese gravitano sui beni compresi nella disposizione. 1058 *1014* *1015* 1059

Determinata che sia la quantità e la natura de' beni compresi nella sostituzione, si debbono prendere le convenienti misure per assicurarne la conservazione ai chiamati.

Riguardo a ciò che concerne gl' immobili, il diritto

---

(380) Quest' inventario avendo per oggetto di determinare la quantità e la natura de' beni sostituiti, è chiaro che si rende inutile il procedervi quando questa natura e quantità sono d' altronde certe; per es. se la sostituzione non riguarda che un oggetto determinato (art. 1058 † 1014), o se la disposizione è stata fatta con una donazione tra vivi propriamente detta; mentre allora i beni han dovuto essere specialmente indicati.

(381) Queste parole non vogliono dire: *se non v' è tutore*; giacchè ha dovuto uno necessariamente esserne nominato; ma se il tutore non fa procedere all' inventario.

(382) Sono i chiamati, se maggiori ed in pieno esercizio de' loro dritti; se no, il loro tutore o curatore, uno de' loro parenti o il procuratore regio *ex officio*.

(*a*) *Ma se il tutore chiamato non interviene l' inventario fatto senza di lui sarà valido? Gli autori delle Pandette Francesi opinano per la nullità. Il Grenier vi si oppone con validi ragionamenti che possono vedersi nel luogo citato al num.* 387.

de' chiamati è bastantemente al coperto in forza della disposizione che esige la trascrizione della sostituzione, com'è detto nel §. seguente, e che perciò toglie al gravato il diritto di alienarli, o d'ipotecarli irrevocabilmente (383) a pregiudizio dei chiamati.

---

(383) Possono in fatti alienarli o ipotecarli validamente; ma le alienazioni o ipoteche saranno sempre suscettibili di risoluzione nel caso in cui il gravato lasciasse figli o discendenti.

Quid, se i chiamati maggiori avessero acconsentito alla vendita? Lo sciogliere tal quistione dipende dal sapere se i chiamati possono in generale rinunziare al loro dritto prima che sia aperto. Sembra ch'essi lo potevano presso i Romani (ll. 1. e 16. Cod. *de pactis*, 11 Cod. *de transact.*, e 120 §. 1. ff. *de legatis* 1.°). L'art. 28 del titolo 1. dell'Ordinanza suppone egualmente ch'essi hanno questo dritto, e si contenta di prescrivere le formalità necessarie per la validità di tal rinunzia. Io nulla trovo nel Codice che si opponga all'ammissione di questa dottrina la quale è conforme al dritto comune, dietro il quale si può generalmente rinunziare ad un dritto anche eventuale. Nè osta che il Codice non ha ripetuto la disposizione dell'Ordinanza; mentre, come lo dicevamo, l'articolo dell'Ordinanza non avea per oggetto di dar questo dritto ai chiamati, ma soltanto di sottometterne l'esercizio ad alcune formalità, come, la necessità di far questa rinunzia per atto avanti notajo con minuta; ed all'opposto tutto quello che si potrebbe conchiudere dal silenzio del Codice si è che attualmente è permesso di fare questa rinunzia in ogni maniera. Ora, ciò posto, se il chiamato può rinunziare direttamente al suo dritto, tantopiù lo può indirettamente, acconsentendo alla vendita fatta dal gravato (*a*). Evvi anzi dippiù questa ragione, che in detto ultimo caso la rinunzia non vale che nell'interesse dell'acquirente, ed unicamente per togliergli qualunque timore di essere disturbato. Ma d'altronde il peso di restituzione resta intero per ciò che rimane; ed il chiamato conserva anche il suo regresso, pel prezzo dell'oggetto venduto, contra la successione del gravato, a norma della l. 92 ff. *de legatis* 1.°, laddove nel caso della rinunzia diretta, il peso di restituzione è interamente estinto, sia nell'interesse de' terzi, sia del gravato egli stesso (*b*).

(*a*) *Notate che una rinunzia tacita non sarebbe valida: tale sarebbe quella che si volesse indurre dalla presenza ed assistenza dei chiamati alla vendita de' beni gravati. Vi bisogna per parte di costoro un consenso formale espressamente accettato dal gravato, e dato con tutte le formalità richieste per le donazioni tra vivi.* (*V.* Pothier *pag.* 480, *e* 483, *e* Toullier *l. c. n.°* 801).

(*b*) Toullier *è dello stesso avviso, l. c. n.* 802 *e* 1802, *ma crede e con ragione che non ostante il silenzio del Codice dee l'art. 28 dell'Ordinanza aver luogo con tutte le formalità che prescrive, poichè una simile rinunzia è una vera donazione tra vivi soggetta alle formalità prescritte per questa sorta di atti. Avverte pure che questa rinunzia non può aver luogo durante la vita del disponente, qualora si tratta di un testamento, poichè allora la convenzione avrebbe per oggetto una successione futura, o i beni dell'uomo vivente.*

Si può opporre a questa decisione che presso i Romani si poteva sostituire qualunque altra persona diversa dai figli del gravato, nel mentre che presso di noi i chiamati essendo sempre e necessariamente i discendenti del gravato, si potrebbe dire che simili consensi e rinunzie sono in certa guisa delle stipule sulla successione paterna, e che d'altronde si è in generale inclinato a riguardare i consensi dati dai figli alle operazioni del loro padre come dettati dal timore, *ne pejus faciat*. Pertanto, poichè i chiamati nulla tengono dal gravato e tutto pel contrario dal gravante, che per conseguenza non si tratta qui di una successione futura, ma d'una successione aperta sulla quale non è proibito lo stipulare; che d'altra parte i chiamati hanno un dritto certo il quale può in verità svanire per la loro precedente morte, ma a cui, finchè sono in vita, il padre non può pregiudicare, io non veggo perchè non potrebbero essi rinunziarvi in favore di un acquirente, salvo il loro regresso pel prezzo, come è stato detto qui sopra. Questa opinione, ch'era quella di Ricard, di Pothier e di Furgole, può d'altronde poggiarsi sopra l'art. 918 † 834 del Codice, portante che i figli i quali han consentito all'alienazione fatta dal padre per contratto vitalizio in favore di un successibile, non sono ammessibili ad impugnare la detta alienazione, ed a domandare l'imputazione del valore dell'oggetto sulla quota disponibile, come il potrebbero se non avessero acconsentito. Quest'articolo riguarda dunque siffatti consensi come quelli che possono aver qualche effetto.

Quid, se l'alienazione è stata fatta senza loro consenso? Essi possono farla annullare. Ma lo potrebbero eglino se avessero accettata la successione del venditore? L'affermativa non è dubbia se l'accettazione avesse avuto luogo col beneficio dell'inventario, poichè allora non v'è confusione di qualità. L'erede potrebbe dunque reclamare gli oggetti medesimi e rinviar l'acquirente a provvedersi in garentia contra la successione beneficiata. Sarebbe egli lo stesso ove l'accettazione fosse pura e semplice? Ciò che può far qualche dubbio si è, che l'Ordinanza permetteva espressamente al chiamato anche erede puro e semplice del venditore, di rivocare le alienazioni, rimborsando all'acquirente il prezzo totale della vendita, non che le altre spese accessorie del contratto. (Tit. 2 art. 31). Ma è chiaro che questa era una disposizione esorbitante del dritto comune; mentre l'erede del venditore essendo tenuto all'obbligo di garentia contratta dal suo autore, non era ammessibile ad evincere l'acquirente, dietro la regola, *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Quindi per dargli questo dritto era bisognato una formal disposizion della legge, fondata sul principio che le antiche sostituzioni avendo principalmente in mira di conservare nelle famiglie i beni in natura, non era indifferente al chiamato l'aver il prezzo della cosa in luogo della cosa istessa.

Oggi che le sostituzioni altro scopo non hanno che di conservare una risorsa ai chiamati, egli è evidente che il motivo dell'Ordinanza più non esiste; mentre, tostochè la successione del gravato è dai chiamati puramente e semplicemente accettata, evvi valida presunzione che essa è vantaggiosa, e che per conseguenza i chiamati sono al di sopra del bisogno. E d'altronde, poichè questa disposizione era esorbitante, come lo abbiamo dimostrato, basta ch'essa non sia mantenuta dal Codice, per dover essere riguardata come abrogata.

I beni sostituiti possono acquistarsi a via di prescrizione? A risolvere tal quistione, sulla quale il Codice tace come taceva l' Ordinanza, bisogna rammentare alcuni principii. Sembra risultare da più articoli, che i chiamati sono in generale assomigliati ai minori. Primieramente l' art. 1061 † 1017 prescrive al procuratore del re, in mancanza di altre persone, di far procedere all' inventario de' beni del sostituente; in secondo luogo l' art. 1057 † 1013 porta che in caso di decadimento del gravato, il ministero pubblico potrebbe far pronunziare l' apertura del dritto in favor de' chiamati; finalmente l' art. 83 † 177 del Codice di procedura al §. 6. ordina la comunicazione al pubblico ministero di tutte le cause in cui l' una delle parti è difesa da un curatore; il che si applica certamente alle cause relative ai beni sostituiti (*a*).

Da queste diverse disposizioni le quali sembrano mettere assolutamente i chiamati ad una sostituzione nella stessa linea de' minori, deesi conchiudere che non può correre la prescrizione in loro pregiudizio durante il godimento del gravato. D' altronde l' art. 2257 † 2163 porta che la prescrizione non corre riguardo ad un credito che dipende da una condizione, sino a che la condizione non abbia luogo. Ora, è certo che il dritto de' chiamati è subordinato alla condizione *si instituto supervixerint*; che sino a quando questa condizione non siasi realizzata son essi nell' impotenza di agire; e che per conseguenza sino allora deesi applicar la massima, *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Noi possiam dunque stabilire come principio generale, che la prescrizione non corre in pregiudizio de' chiamati se non dal giorno in cui si fa luogo al loro dritto, purchè tuttavia la sostituzione sia stata resa pubblica. Era questa altresì l' antica giurisprudenza, come l'attesta l' annotatore di Ricard, *delle Sostit. dirette e fedec.* part. 2. cap. 13. E sembra che era lo stesso nel dritto romano. (L. 3. §. 3. Cod. *communia de legat*, ec.) (*b*).

(*a*) *Nega ciò* Toullier *nel num.* 741 *in fine, per non trovarsi alcuna disposizione nel Codice civile nè in quello di procedura, che metta, come il faceva l' Ordinanza delle sostituzioni, le cause concernenti queste sostituzioni nel novero di quelle che debbon essere comunicate al pubblico ministero.*

(*b*) Toullier *crede al contrario*, (*l. cit. n.* 740), *che i terzi detentori de' beni possono prescriverli contra il gravato sia collo scorrer di trent' anni senza titolo, sia collo scorrer di dieci o venti anni se han titolo e buona fede. I dritti così prescritti*, (*dic' egli coll' autorità di* Pothier, *sull'* Ordinanza delle sostituzioni *art.* 49 *n.* 425 *e* 447), *non rivivono dopo l' apertura della sostituzione in favore de' chiamati, salva la loro azione pe' danni ed interessi contra il gravato. Essi allegherebbero invano che erano in età minore, o anche che non erano ancora nati, e che quindi la prescrizione non ha potuto correre contra di essi. Si risponderebbe loro che non già contra di essi è corsa la prescrizione, ma contra il gravato nella di cui persona risedeva la proprietà.*

Lo stesso autore aggiunge nella nota che Grenier *tom.* 1. *pag.* 641 *è di opinione contraria a quella di* Pothier, *fondandosi sul principio* contra non valentem agere non currit praescriptio. *L' ap-*

Ma qual sarà il termine della prescrizione? Io son d'avviso che bisogna distinguere.

Se il titolo è emanato dal gravato, la prescrizione non può acquistarsi che con trent'anni. Imperciocchè è d' uopo in prima osservare che in questo caso non si tratta della prescrizione ad oggetto di acquistar la proprietà dell' immobile; mentre, nell'ipotesi, questa proprietà è stata trasferita dal gravato ch' era egli stesso proprietario. Questa proprietà è soggetta a risoluzione, in verità, ma sempre è una proprietà. La prescrizione non può dunque allora servire che ad acquistar la liberazione dell'azione rivocatoria che compete ai chiamati per far rientrare nelle di loro mani i beni alienati dal gravato. Or quest' azione non può esser prescritta che da trent' anni, da computarsi dal giorno in cui essi han potuto agire, ossia dal giorno nel quale si è fatto luogo al loro dritto, ed anche salve le sospensioni di dritto (arg. tratto dall'art. 966 † 891).

Ma badate che solo in favore de'chiamati la prescrizione è sospesa. Se dunque la sostituzione diviene caduca per la precedente morte di tutti i chiamati e de'loro discendenti, siccome allora il gravato si presume essere stato dal principio proprietario incommutabile, tutto rientra riguardo a lui nel diritto comune. Riflettete eziandio che si tratta qui unicamente della prescrizione legale. Quanto alle prescrizioni convenzionali, siccome esse decorrono contro ai minori quando cominciarono contro de' loro autori (art. 1663 † 1509), così debbono decorrere egualmente contro i chiamati, e durante il godimento del gravato, quando son cominciate contra gli autori della sostituzione.

Se il titolo sul quale la prescrizione è fondata emana da un terzo non proprietario, allora, siccome è veramente la proprietà che si tratta di acquistare, potrà acquistarsi la prescrizione sia con dieci o venti anni dall' epoca stessa, quando la prescrizione abbia cominciato di buona fede; sia con trent' anni, nel caso contrario.

Le transazioni fatte dal gravato possono essere opposte ai chiamati? Si, ma purchè il tutore alla sostituzione vi sia concorso, e che sienvi state osservate le formalità prescritte per le transazioni che interessano i minori.

Quid, se fosse utile vendere i beni compresi nella restituzione onde evitare le sproprie? Io giudico per la stessa ragione, che si debbano egualmente osservare tutte le formalità prescritte per la vendita de' beni del minore. È questo pure il parere dell' annotatore di RICARD, *delle Sostit.* par. 2. n. 91.

La prescrizione acquistata dal gravato avvantaggia i chiamati? Gli autori dimoranti nella giurisdizione del parlamento di Provenza distinguevano a tal soggetto: se il disponente avea cominciato a prescrivere, essi pensavano che questa prescrizione compita dal gravato giovava ai chiamati, e che avvenendo il caso della sostituzione, la cosa in tal modo prescritta doveva andar compresa nella restituzione: ma se la prescrizione non era stata incominciata dal disponente, per es. se si trattava della prescrizione acquistata contro del legatario, a ragione della cosa legata, pretendevano che di essa non dovea profittare altri che il gravato. (MONTVALLON, *delle Succes.* cap. 3 art. 26). Questa di-

plicazione di questa massima non è giusta a suo avviso, poichè i chiamati o il tutore destinato all' esecuzione possono interrompere la prescrizione.

Nondimeno il donante (*a*) può ordinare (384) che in caso d' insufficienza dei beni liberi del gravato, la

---

stinzione non mi sembra fondata, quando il gravato ha l' incarico di rendere tutto il disponibile. Abbiamo in fatti stabilito più sopra che gli aumenti i quali possono sopravvenire in questo caso al disponibile debbano esser compresi nella restituzione. Ora, la prescrizione dell'azione de' legatarii aumenta realmente la massa del disponibile in mano del gravato. Dunque questa prescrizione dee profittare ai chiamati.

I giudicati resi contro del gravato possono essere opposti ai chiamati? L' art. 474 † 538 del Codice di procedura dice che *un terzo può formare opposizione ad un giudicato che pregiudica ai suoi dritti, ed al quale nè egli nè quelle persone ch' ei rappresenta sono state citate*. Io stimo, dietro ciò, che convenga distinguere: se i giudicati sono stati resi contro del solo gravato e senza chiamarvi il tutore alla sostituzione, è certo che i chiamati non sono presunti essere stati parti nel giudizio, e che per conseguenza possano formarvi opposizione di terzo. Ma se il tutore vi è intervenuto, siccome egli è il reppresentante legale de' chiamati, essi non possono impugnar il giudizio per via della opposizione di terzo, ma solamente con quella del ricorso per ritrattazione nei casi determinati dall' art. 481 † 545 del detto Codice; vale a dire se non sono stati difesi, o se nol furono validamente: e per la stessa ragione, secondo l' art. 484 † 548 il termine di tre mesi non dee correre contro di essi che dal giorno della notificazione della sentenza fatta personalmente o a domicilio dopo che il dritto è stato aperto in lor favore.

Era pur questa presso a poco la disposizione dell' Ordinanza del 1747, tit. 2, art. 50 e seg.

Relativamente alle azioni concernenti i beni componenti i majoraschi Vedete il decreto de' 22 dicembre 1812 (*bull.* n. 8421).

Osservate che quantunque il sostituito non sia tenuto direttamente dei debiti del gravato, ei può nondimeno esser tenuto indirettamente de' di lui fatti, nel senso che se quest' ultimo, per esempio, non ha soddisfatto gli arretrati o interessi scaduti durante il suo godimento, i creditori potranno agire contra il suo sostituito, salvo il di lui regresso contra il gravato, s' egli non ha accettato la sua successione. (L. 38 §. 2 ff. *ad senat. trebel.* e Ricard, *delle Sostit.* par. 2. n. 148).

(384) Il favore del matrimonio ha determinata questa disposizione. Ma, si dirà, perchè aver fatta una disposizione speciale per concedere al donante una facoltà la quale sembra essere di dritto comune? Ciascuno non è forse il padrone di apporre alla sua liberalità quelle condizioni ch' ei giudica convenevoli? Ciò è vero come principio generale. Ma per altro il permesso della legge era in realtà necessario nella spe-

(*a*) *Ben dice il nostro Autore il* donante *non ostante che nell'art.* 1054 † 1010 *si enuncia solo il* testatore, *il che non è esatto, poichè non vi è ragione da credere che la legge abbia voluto distinguere la disposizione fatta con donazione da quella fatta con testamento. Il Grenier adopra con maggior precisione quella di* autore della disposizione, *l. c. num.* 378.

moglie di quest' ultimo possa esercitare un regresso sussidiario sopra i beni sostituiti; nel qual caso questo regresso non può aver luogo che pel capitale (385) sol- 1054 † 1010

cie. In effetti si vede che il Codice non ha fatto eccezione alla proibizion generale delle sostituzioni, che riguardo a certe persone e soltanto in favore della discendenza del gravato. È unicamente nell'interesse di questi discendenti che furono stabilite l'inalienabilità e l'indisponibilità de' beni sostituiti. Pur nondimeno risulta dall' art. 1054 † 1010 che questa inalienabilità può giovare anche ad altre persone, per es., alla moglie del gravato, poichè ella trovasi aver un regresso sui beni sostituiti i quali probabilmente non esisterebbero più se fossero stati alienabili. Noi diciamo, *che probabilmente non esisterebbero più*, per due ragioni; la prima si è che il fatto istesso della sostituzione dee far presumere, che il gravato non passava per molto ordinato ed economo. La seconda, perchè il regresso non potendo aver luogo in altro modo che sussidiariamente ed in caso d' insufficienza de' beni liberi, ne risulta la pruova ch' egli ha dissipato tutto il soprappiù de' suoi beni, e che avrebbe fatto altrettanto de' beni sostituiti se l' avesse potuto.

Ma qual' è il dritto che risulta in favor della moglie del gravato dalla disposizion dell' art. 1054? Io credo non potersi meglio definirlo che dicendo, i beni sostituiti essere riputati beni liberi relativamente alla moglie del gravato, e ch' essa avrà in conseguenza gli stessi dritti riguardo a tali beni che riguardo agli altri beni del gravato; ma che non ne avrà di più. Potrà dunque esercitare su questi beni la sua ipoteca legale; questa ipoteca potrà esser purgata, ec. ec. ec.

Quid, se il gravato sposa successivamente più donne? L' art. 52 del tit. 1. dell'Ordinanza dava ad esse tutte l' ipoteca sussidiaria, salvo che non potevano esercitarla contra i figli di un precedente matrimonio quando essi raccoglievano l' effetto della sostituzione. La disposizione dell' Ordinanza era necessaria nell'antico dritto in cui il regresso delle mogli avea luogo *ipso jure*. Ma poichè presentemente è necessario che il testatore l' abbia permesso, ciò dipenderà dalla maniera in cui si sarà egli spiegato. Se ha detto *la moglie del gravato*, ciò dovrà intendersi unicamente della moglie che il gravato avea nel momento della disposizione; ovvero della sua prima moglie, s' egli a quell' epoca non era maritato. Altrimenti, se ha detto *le mogli* (*a*).

(385) Quindi il testatore istesso non potrebbe autorizzare il regresso per gl' interessi dotali. Non si è voluto accordare un dritto del

(*a*) *I beni compresi nella donazione di beni presenti e futuri non sono affetti*, dice Toullier, (*l. c. n.° 860*), *al pagamento della dote e delle convenzioni matrimoniali della moglie del conjuge premorto, come lo sono i beni donati nel caso di regresso convenzionale secondo gli art. 951 † 876, e 952 † 877. Vi esiste una totale differenza tra il diritto di regresso che suppone aver la donazione avuto il suo effetto, e la caducità che suppone al contrario che la donazione non sia esistita per mancanza della condizione della sopravvivenza del donatario; che che ne dica il sig.* Maleville.

tanto del danaro portato in dote (386).

Ma la medesima proibizione di alienare non potendo aver luogo riguardo ai mobili che non sono suscettibili 2119 d'ipoteca, è stato necessario di prendere intorno a ciò 2005 delle particolari misure. Queste misure sono a un di presso le medesime che quelle prescritte relativamente ai mobili ed effetti mobiliari appartenenti ai minori.

Laonde si dee procedere ad istanza del gravato alla 1062 vendita per incanto, e mediante affissi (387), di tutti i 1018 mobili ed effetti (*b*) compresi nella disposizione, a riserva

---

quale la moglie o i di lei eredi avrebbero potuto considerabilmente estendere l'effetto trascurando di agire contra il marito per la restituzion della dote dopo lo scioglimento del matrimonio.

(386) Cosa ha da intendersi per le parole *danaro portato in dote o dotale*? Il contante costituito in dote, se i conjugi son maritati con la regola dotale; ed il danaro realizzato, se sotto la regola della comunione si sono accompagnati.

Quid, riguardo ai danari messi in comunione? L'ipoteca non è necessaria e non dee aver luogo se non quando il contratto nuziale contenesse la clausola di riprendersi ciò che si è posto in comunione, rinunziando alla medesima.

Quid, se i danari provengono dalla vendita degl'immobili personali della moglie maritata sotto la regola della comunione? Io non credo che abbia luogo l'ipoteca sussidiaria (*a*). L'Ordinanza ben più favorevole alle mogli che nol sia il Codice, in questo caso loro la ricusava. (Tit. 1.° art. 49). Ed in fatti questi mobili non han potuto essere alienati senza il consenso della moglie, la quale dee perciò imputare a se stessa di averlo dato. D'altronde dipenderebbe in questo caso dai due conjugi l'estendere considerevolmente l'ipoteca sussidiaria, e così agevolare al gravato i mezzi onde dissipare i beni sostituiti. Anzi probabilmente per questa ragione l'art. 1054 † 1010 si avvalse dell'espressione *danaro dotale*. La stessa risoluzione sarebbe applicabile ai danari parafernali, poichè il marito non ha potuto introitarli senza il consenso della moglie (art. 1576 † 1389); alle indennità risultanti dall'art. 1431 † 1402, ec.

(387) Ed inoltre in presenza del tutore dato alla sostituzione. L'articolo formalmente nol dice; ma risulta dalla combinazione dei diversi articoli che precedono e che seguono.

(*a*) *Concorda in questo sentimento e per le stesse ragioni il Grenier l. c. num.* 378.

(*b*) *Che deve intendersi per questa voce* effetti *di cui fa uso l'art.* 1062 † 1018? *Debbono intendersi gli oggetti che possono paragonarsi alla mobiglia, e che sono della natura del mobile, come biancherie ec. o i brillanti e le gioje. Sotto la detta rubrica non debbono comprendersi i dritti attivi mobiliarii ed incorporei, come sarebbero biglietti, obblighi contratti, rendite ec. Questi oggetti dopo*

però di quelli di cui il donante ha ordinata la conservazione in natura, e che debbono essere restituiti nello stato in cui si troveranno al momento della restituzione (388). 1063 1019

Il gravato è similmente dispensato dal far vendere i bestiami ed utensili necessarii alla coltura delle terre: è solamente tenuto a farli stimare e valutare per corrisponderne l'egual valore (389) al tempo della restituzione. 1064 1020

Il danaro proveniente dalla vendita dei mobili, e dal rimborso dei crediti si riunisce al contante trovato nella eredità, ed il gravato è tenuto ad impiegare il tutto nel termine di sei mesi, da computarsi dall' ultimazione dell' inventario, salva la proroga, se occorre. Egli debb' egualmente impiegare i danari provegnenti dai rimborsi che avessero avuto luogo durante il suo godimento, e ciò fra tre mesi al più tardi (390) dopo seguita l'esazione. 1065 1021 1066 1022

(388) Salva però la responsabilità del gravato riguardo alle perdite e deteriorazioni diverse da quelle provegnenti dall' uso ordinario degli oggetti.

Quid, se gli oggetti più non si trovano? Il gravato dee restituirne il valore secondo l'apprezzo fattone nell' inventario (arg. tratto dall' art. 950 † 874); certamente egli non è favorito più del donante.

(389) È una specie di soccida. Applicate in conseguenza l' art. 1826 † 1672. Se dunque il valore delle bestie esistenti nel tempo della restituzione eccede il valore di quelle che esistevano nel tempo della morte, il soprappiù appartiene al gravato, quand' anche fossero le stesse bestie e che non ne fosse aumentato il numero. Così, nel momento della morte v' era una mandra di cento vitelli che valevano 30000 franchi; la restituzione ha luogo in capo di tre anni; la stessa mandra vale 50000 franchi: non occorreranno che sessanta bovi per completare i 30000 franchi dovuti ai chiamati e gli altri quaranta apparterranno alla successione del gravato.

(390) Perchè non gli si concedono quì se non tre mesi, mentre nel caso precedente se glie ne danno sei? Perchè qui egli ha potuto prevedere il rimborso e prendere anticipatamente le sue precauzioni per un impiego. La stessa ragione non va applicata al danaro trovato nell' inventario, o ritratto dalla vendita de' mobili, di cui egli ha potuto ignorare, ed ha ben probabilmente ignorato la quantità.

di essersi inventariati debbono rimanere in potere del gravato, salvo l' impiegarne la valuta in caso di restituzione. L' obbligo di vendere i mobili e gli effetti mobiliari imposto al gravato riguarda solo, come dice il Grenier l. c. num. 388, le cose corporee che non hanno un valore invariabile; e che sono soggette ad aumento o diminuzione di prezzo per effetto dell' uso che se ne fa o altrimenti. Può anche dirsi che ciò risulta dall' art. 1066 † 1022 il quale suppone per parte del gravato la esazione dei crediti attivi.

Se il donante ha specificata la qualità degli effetti nei quali dee farsi l'impiego, sarà ciò eseguito a'termini della sua disposizione (391). S'egli nulla ha disposto, 1067 non potrà farsi l'impiego medesimo che coll'acquisto di 1023 beni immobili, o con privilegio su beni immobili, e ciò 1068 sempre in presenza e ad istanza del tutore nominato alla 1024 sostituzione.

§. II.

Delle formalità prescritte per l'interesse de' terzi.

L'interesse de' terzi esige che diasi la maggiore pubblicità alle disposizioni col peso di restituire. Per giungere a questo scopo, è ordinato, quando vi sono degl'immobili (392), che gli atti contenenti sostituzione siano trascritti (393) sui registri dell'ufficio delle ipoteche del luogo dove detti immobili sono situati. Se poi vi sono dei danari contanti, la sostituzione è sufficientemente resa pubblica, per quanto concerne detti danari, coll'iscrizione (394) presa su i beni soggetti al privilegio risultante

(391) L'Ordinanza, tit. 1, art. 5, dichiarava nulla qualunque sostituzione di danaro contante o di effetti mobili, quando il donatore non avèa ordinato l'impiego. Questa disposizione non è stata conservata; era molto più semplice che la legge stabilisse ella stessa la necessità dell'impiego.

(392) Il che dee intendersi non solo degl'immobili espressamente compresi nella sostituzione, ma benanche di quelli acquistati col danaro dalla medesima provegnente.

(393) In qual termine? La legge non ne stabilisce alcuno; ma il tutore dato alla sostituzione ha massimo interesse a far eseguire il più prontamente possibile la trascrizione; dapoichè tutte le alienazioni fatte dal gravato prima di questa essendo irrevocabili, il tutore negligente sarebbe tenuto d'indennizzare i chiamati di tutto il danno che potrebbero sopportare per effetto della mancanza di trascrizione.

(394) E non colla *trascrizione*. In conseguenza non è l'atto della sostituzione che bisognerà far trascrivere ma soltanto l'atto che porta privilegio che bisognerà iscrivere (*a*).

I debitori delle somme comprese nella sostituzione a chi potranno

(*a*) *Vi bisogna l'una e l'altra. V.* Toullier, *l. c. n.° 767. Grenier dice che sarà prudente di far trascrivere nel medesimo ufizio l'atto contenente la sostituzione, quando non vi sia già stato trascritto.*

dall' impiego che ne fu fatto. Questa trascrizione ed inscrizione sono fatte ad istanza, tanto del gravato, quanto del tutore della sostituzione. 1069 1025

La trascrizione e l' inscrizione essendo il solo mezzo legale di dare alle sostituzioni la pubblicità conveniente, non possono in conseguenza esser supplite da qualsivoglia altro atto. La mancanza delle medesime (*a*) non può essere nemmeno scusata per la notizia che in qualunque altro modo i creditori, i terzi acquirenti (395) od altri

---

validamente pagare? Al solo gravato, o saranno essi tenuti di citare anche il tutore? Io credo che bisogna distinguere: se trattasi di somme imprestate dallo stesso autore della sostituzione, ed all' impiego delle quali non ha potuto per conseguenza concorrere il tutore alla sostituzione, m' è avviso che i debitori potranno pagare validamente al solo gravato, non essendo essi obbligati a conoscere la sostituzione. Ma siccome il tutore potrebbe essere risponsabile se il gravato dissipasse le somme ricevute, saggiamente adoprerà se denuncia la sostituzione ai debitori, dichiarando loro ch' essi non abbiano a pagare se non dopo averlo prima debitamente citato. Dietro ciò s' eglino pagassero al solo gravato, crederei che in caso di sua insolvibilità, potrebbe il pagamento nell' interesse de' chiamati esser annullato.

Ma se trattasi di somme impiegate dal gravato dopo il cominciare del suo godimento ed all' impiego delle quali il tutore è concorso, siccome i debitori non possono ignorare l' esistenza della sossituzione, non potranno validamente pagare che presente il tutore. *Res eodem modo dissolvi debent quo fuerunt colligatae*. La presenza del tutore è stata necessaria per l' impiego, è quindi necessaria egualmente pel rimborso (*b*).

Se vi sono mobili compresi nella sostituzione, e che il testatore abbia ordinato di conservarli in ispecie, non è da prendere alcun provvedimento particolare; mentre, checchè si facesse, non si potrebbe impedire la validità delle alienazioni che il gravato potrebbe farne, e ciò dietro l' art. 2279 † 2185, ed anche dietro lo spirito generale del Codice il quale vuole che in fatto di mobili, il dritto di amministrare porta riguardo ai terzi il dritto di disporre.

(395) A titolo oneroso. Vedremo fra poco che questa mancanza non può essere opposta da coloro che hanno acquistato a titolo gratuito sia dall'autore della sostituzione sia dai suoi donatarii, legatarii ec.

(*a*) *Veramente nell' art.* 1070 † 1026 *non si parla che della mancanza di trascrizione: ma è chiaro che tal disposizione debba egualmente estendersi alla mancanza della iscrizione, nel caso in cui tale iscrizione diventa necessaria, in conseguenza dell' art.* 1069 † 1025.

(*b*) *Ma se il gravato è solo proprietario prima dell' apertura della restituzione, se in questa qualità il Codice l' autorizza a ricevere non solamente il danaro provegnente dagli effetti attivi gravati di restituzione, ma benanche il rimborso de' capitali (art.* 1066 † 1022) *qual bisogno avranno i debitori di far chiamare il tutore in questi casi? V.* Toullier *l. c. n.°* 761; *e* Grenier *l. c. n.* 390.

1071 potessero avere avuto della sostituzione; laonde possono
1027 sempre opporla ai chiamati, ancorchè minori o interdetti, salvo, se occorre, il regresso dei chiamati contra il gravato ed il tutore della sostituzione, senza però ch' essi possano essere restituiti in intero contra l'omessa
1070 trascrizione ec. quando anche il gravato ed il tutore non
1026 fossero solvibili.

In nessun caso però i donatarj, legatarj, ed anche eredi legittimi del disponente non possono opporre ai chiamati la mancanza di trascrizione o d' inscrizione.
1072 Egli è lo stesso dei loro donatarj, legatarj, od eredi
1028 legittimi (396).

---

(396) Quest'articolo combinato col 941 † 865 presenta qualche difficoltà. Si dice in quest' ultimo che qualunque persona interessata può opporre la mancanza di trascrizione. Non si eccettua che il donante, e, secondo la nostra opinione, i suoi eredi. Adunque i suoi donatarii, legatarii, non sono eccettuati, e potrebbero senz' alcun dubbio opporre siffatta mancanza. Nell' art. 1072 † 1028 al contrario non solo gli eredi del disponente, ma benanche i suoi successori a titolo particolare, come i suoi donatarii e legatarii, non che i loro donatarii, legatarii, o eredi, non possono opporre la mancanza di trascrizione. Ma bisogna osservare:

1.° Che v' ha una gran differenza tra il donatario al quale si può imputare di non aver fatto trascrivere la donazione, ed il chiamato che forse non esisteva nell' epoca in cui la sostituzione fu conosciuta;

2.° Che nell' art. 1072 si tratta in verità di successori a titolo particolare, ma nello stesso tempo a titolo gratuito, *qui proinde certant de lucro captando*, ed ai quali perciò si è creduto dover preferire i chiamati, poichè si tratta il più sovente di conservare a cotesti de' mezzi di esistenza,

3.° Finalmente che non v' ha se non i chiamati i quali sieno rilevati dalla mancanza di trascrizione, e che ciò non reca vantaggio ai gravati se trovansi nel caso dell' art. 941. Se dunque, per es., un immobile fu donato tra vivi col peso della restituzione, e la donazione non fu trascritta; se il donatore abbia quindi disposto dello stesso immobile a titolo gratuito in favore di altra persona, potrà questa opporre la mancanza di trascrizione al gravato donatario, senza poter opporla ai chiamati: in conseguenza il secondo donatario conserverà l'oggetto col peso della restituzione, talmente che se il gravato muore lasciando discendenti, la seconda donazione resterà annullata; ma s'egli muore senza prole, il secondo donatario rimarrà proprietario irrevocabile dell' immobile.

Tal è l' interpetrazione che ho creduto dover dare all' art. 1072 † 1028 (*a*).

(*a*) *Esamina lungamente il Grenier questa quistione l. c. num.* 380, *dopo di che dice esser forza il concludere che nella nostra le-*

CAPITOLO V.

Delle donazioni fatte agli sposi o tra gli sposi per contratto di matrimonio.

Osservammo più sopra che il favore dovuto al contratto matrimoniale (397) lo rendeva suscettibile di quelle disposizioni che non sono in verun altro atto da ammettersi.

In conseguenza dello stesso favore, le donazioni che per mezzo di tal contratto si fanno, sia dagli sposi medesimi rispettivamente, sia agli sposi da terze persone, non sono, generalmente parlando, soggette a condizioni e formalità così rigorose come quelle enunciate nel Capitolo II del presente Titolo. Noi faremo ora conoscere le regole che loro sono particolari, e le differenze che ne risultano tra questa sorta di donazioni e quelle tra vivi propriamente dette.

Quindi vedremo nel presente Capitolo ciò che concerne le donazioni fatte agli sposi da terze persone, e nel seguente tratteremo di quelle fatte rispettivamente dagli sposi medesimi.

Le donazioni fatte agli sposi per contratto di matrimonio differiscono da quelle tra' vivi propriamente dette per le seguenti ragioni: 1. perchè esse non possono essere

---

Osservate che quando la sostituzione è contenuta in una donazione tra vivi di oggetti immobili, è inutile di far due transcrizioni, poichè attualmente la trascrizione delle donazioni debbe aver luogo ne' medesimi casi e negli ufficii medesimi che quella delle sostituzioni.

(397) Dunque basta, in quanto alla forma esteriore dell'atto, che sia rivestito di quelle che sono richieste nel paese ove si è stipulato. Se dunque il contratto è stato fatto in un paese ove i contratti di matrimonio possono esser fatti con firma privata, la donazione in esso contenuta, qualunque siasi, sarà valida. Così giudicato a Parigi l'11 maggio 1816 (Sirey, 1817, 2. par. p. 10).

gislazione la mancanza di trascrizione della donazione tra vivi con peso di restituire, non possa essere opposta nè dai donatarii o legatarii gravati, nè dai donatarii posteriori, legatarii ed eredi dell'autore della disposizione, giusta il disposto nell' art. 1072 † 1028 *del Codice.*

1087 impugnate, nè dichiarate nulle sotto pretesto di mancanza
1042 di accettazione;

2. Perchè supponendosi sempre fatte sotto la con-
1088 dizione del matrimonio, divengono caduche ogni qual-
1043 volta il matrimonio non segue (398);

3. Perchè non sono rivocabili per causa d'ingrati-
959 tudine (399);
884

---

(398) Io credo che questa disposizione dee applicarsi non solo alle donazioni contenute nel contratto di matrimonio, ma benanche a tutte quelle che son fatte in favore del matrimonio. L' art. 1088 † 1043 sembra contenere su questo punto una disposizione espressa; ma nulladimeno vi sarebbe sempre questa differenza, che la donazione fatta col contratto nuziale è di dritto presunta come fatta in favore del matrimonio, laddove se scritta in qualunque altro atto, essa non sarà così riputata se non quando il donante siasi a tal proposito formalmente spiegato.

Siccome queste specie di donazioni son dichiarate caduche se il matrimonio non segue, dobbiam conchiudere che se il matrimonio abbia avuto luogo ma sia quindi dichiarato nullo, la donazione rimane rivocata; però tra le parti soltanto, e senza pregiudizio de' dritti che un terzo di buona fede avesse potuto acquistare sui beni donati (*a*).

(399) Applicate ciò che sta detto nella nota precedente. Basta che la donazione sia fatta in favore del matrimonio, ai termini dell'art. 959 † 884, perchè la disposizione di questo articolo debba essere applicata.

Questa eccezione è fondata sul riflesso che colui il quale dona in favore di un matrimonio, è presunto comprendere nella sua liberalità i figli che debbono esserne procreati. Ciò è così vero che, se la donazione è di beni futuri, i figli del matrimonio sono sempre riputati volgarmente sostituiti al conjuge donatario (art. 1082 † 1038). Or se i figli sono essi stessi donatarii, non sarebbe giusto che l'ingratitudine del padre o della madre fosse sufficiente a far rivocare la donazione in lor pregiudizio. Da questi principii, che sono certi, parmi potersi conchiudere:

1. Che la donazione può essere rivocata per causa d'ingratitudine, allorchè il matrimonio è sciolto senza prole;

2. Che questa disposizione non è applicabile alle donazioni tra con-

(*a*) *Ciò non ostante leggiamo nel Cod. ann. del Sirey la seguente massima desunta dalla decisione di rigetto della Cassaz. franc. in data del 3 fior. an. 13. ,, Quando dopo un matrimonio ch'è stato dichiarato nullo per l'incapacità di uno de' contraenti, le parti ne contraggono un secondo, in un' epoca in cui ne hanno legalmente la facoltà, le convenzioni matrimoniali fatte all'epoca del primo matrimonio, restano convalidate di pieno dritto dal secondo, quantunque non si siano espressamente rinnovate. Non è questo il caso di applicare la massima:* Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

4. Perchè possono farsi sotto condizioni la cui esecuzione dipende dalla volontà del donante (400). In conseguenza, s' egli si è riservata la facoltà di disporre di un effetto compreso (401) nella donazione anche di beni presenti, e tra vivi, o di una determinata somma da prendersi sui beni che la compongono, e muore senza averne disposto, l' oggetto o la somma si riguarda compresa

---

jugi, perchè allora l' interesse de' figli non è più lo stesso, mentre ritroveranno essi sempre gli oggetti donati nella successione sia del donante sia del donatario. Quest' ultima conseguenza risulta d' altronde necessariamente dagli art. 299 e 300 † 228 e 229. Per altro fu giudicato il contrario in Tolosa con arresto degli 11 aprile 1809, trascritto in Sirey, 1813, 2. par. p. 330, i motivi del quale non mi son parsi però sufficienti ad indurmi a cambiare opinione (a).

(400) E ciò quand' anche tali donazioni fossero tra vivi e di ben presenti. Così fu giudicato in Cassazione il 27 decembre 1815 (*Boll.* n. 69).

(401) Bisogna, perchè la disposizione dell' art. 1086 † T sia valida, che l' oggetto sia compreso o presunto compreso nella donazione, e che il donatore siasi riserbata la facoltà di disporne. Allora s' egli non ne dispone, l' effetto riservato appartiene al donatario. Ma se il donante si è riserbato semplicemente l' effetto senza comprenderlo nella donazione, il donatario nulla può reclamare, abbia o no disposto il donante. Se dunque egli ha detto: *io dono la mia terra, ma mi riserbo il mio taglio degli alberi*, il taglio non è compreso nella donazione; e se il donante non ne dispone, esso apparterrà ai di lui eredi. Ma s' egli ha detto: *io dono la mia terra, e mi riserbo la facoltà di disporre del taglio*; il taglio si presume compreso nella donazione, e se egli non ne dispone, apparterrà al donatario, ovvero ai suoi eredi.

La ragione della differenza consiste in ciò: per dritto comune il dono di una terra porta il dono degli alberi che vi si trovano in piedi, ammeno che non sieno formalmente eccettuati. Ora l' eccezione ha avuto luogo precisamente nel primo caso, poichè il donante si è riservato il taglio. Egli ha dunque così dichiarato ch' esso non andava compreso nella donazione; nè il donatario potrebbe perciò avervi dritto se non quando gli fosse con un nuovo atto donato. Nel secondo caso all' opposto il donante nulla si è riservato; egli ha donato la terra puramente e semplicemente; dunque ha donato altresì gli alberi, sotto la condizione risolutiva: *se non ne disponeva*. La condizione è venuta meno per mancanza di disposizione. La donazione degli alberi diviene dunque pura e semplice.

(a) Toullier è dello stesso avviso, n.° 327. *La rivocazione è una pena della quale non è giusto di estender le conseguenze all' altro conjuge, nè ai figli ai quali il donante nulla ha da rimproverare.*

1086 nella donazione, ed appartiene al donatario od ai suoi
T. eredi (402);

5. Finalmente perchè esse per la stessa ragione possono comprendere i beni presenti e futuri del donante, tanto unitamente che separatamente (403).

---

(402) In linea retta soltanto. Tutte le volte che un oggetto è donato con riserva di disporne, la donazione è presunta essere di beni futuri, o per causa di morte, poichè il donatario non è in possesso di nulla, ed è principio che le donazioni di tal sorte sono caduche se il donante sopravvive al donatario ed alla sua discendenza (*a*).

(403) Il che bisogna intendere nel senso che la donazione de' beni futuri comprende sempre i beni presenti fintantochè il testatore non ne avrà disposto a titolo oneroso prima della sua morte, mentre la donazione di beni presenti non comprende mai gli avvenire.

Alcuni autori hanno opinato non essere assolutamente necessario che la donazione di beni futuri fosse contenuta nel contratto di nozze del donatario, purchè fosse fatta con un atto anteriore al matrimonio e che vi fosse espresso di esser fatta in favore e sotto la condizione del matrimonio medesimo. Io non posso partecipare di questa opinione. In dritto comune queste donazioni son nulle; l'artic. 1082 † 1038 lo permette, ma per contratto matrimoniale soltanto. È dunque una eccezione che va ristretta nel caso pel quale fu stabilita; e v'è d'altronde una ragione che può giustificare la disposizione di questo articolo. In effetti essa è fondata sul favore che si è voluto dare al matrimonio; e sull' idea che la donazione avea potuto essere una delle cause determinanti del matrimonio che ha avuto luogo. Ora, al contratto di matrimonio intervengono non solo gli sposi ma ancora il più ordinariamente le loro rispettive famiglie. Si può dunque ragionevolmente pensare che non solamente il donatario ma ancora l'altro conjuge e le loro due famiglie non han consentito al matrimonio che a causa della donazione. Ora questa ragione potrebbe essa mai applicarsi ad un atto passato tra il donante ed il donatario solo e al quale non intervenissero le altre parti? Se esse v' intervengono, allora perchè non farlo come appendice al contratto di matrimonio, conformandosi alle formalità prescritte dagli art. 1396 e 1397 † 1350 e 1351? (*b*)

(*a*) *Se il donante si avesse riservata la facoltà di disporre di un solo oggetto o d' una somma, il dippiù della donazione non sarebbe soggetto alla caducità secondo* Toullier *num.* 627, *ma soltanto la clausola di riserva che dà all' oggetto riservato il carattere di donazione puramente eventuale. V. pure* Grenier, *tom.* 11, *pag.* 63, *n.* 459.

(*b*) *Par che pensi diversamente il Grenier. Tra la donazione contemplata nell' art.* 1085 † 1037, *o quelle di cui si parla negli art.* 1082, 1084 *e* 1086 † 1038, 1040, *e T vi è una differenza, dic'egli l. c. num.* 407, *ed è che queste ultime non possono esser contenute che nel contratto di matrimonio, e di dritto si presumono fatte in vantaggio del medesimo, poichè tal favore soltanto le ha fatto ammet-*

Se la donazione è di beni presenti soltanto, allora essa è soggetta, salve le modificazioni sopra indicate, alle regole generali prescritte per questa sorta di donazioni (404). In conseguenza essa non può aver luogo a vantaggio dei figli nascituri (405) che nei casi previsti nel capitolo precedente (406).

1081
1037.

(404) Quindi essa dà l' investimento del possesso al donatario; essa non è caduca per la sua precedente morte; ma diverrebbe tale se il matrimonio non la seguisse. Essa debb' essere trascritta se comprende immobili. Ma gli eredi del marito non potrebbero opporre alla moglie donataria la mancanza di trascrizione quand' anche vi avessero interesse; come, se i beni loro donati fossero stati venduti o ipotecati dal donante posteriormente alla donazione. Il marito è incaricato di far trascrivere le donazioni fatte alla moglie (art. 940 † 864); non potrebbe dunque egli stesso opporre la mancanza di trascrizione, nè i suoi eredi hanno più dritto di lui (art. 941 † 865).

(405) In effetti o essa è fatta direttamente ai figli, ed allora sarebbe nulla; perchè ai termini dell' art. 906 † 822 per esser capace di ricevere tra vivi, bisogna essere almeno concepito nel momento della donazione: O è fatta al conjuge col peso di rendere ai figli, ed allora sarebbe una sostituzione proibita dall' art. 896 † 941) (*a*).

(406) Vale a dire che se il conjuge è discendente o fratello del donante, la donazione potrà esser fatta a lui stesso, col peso di conservare e rendere ai suoi figli nascituri, ma sempre sotto le condizioni imposte dal cap. VI. Se dunque il donatario è fratello del donante, la disposizione non potrà aver luogo in vantaggio de' figli del donatario, se non quando il donante non abbia prole.

In tutti i casi il peso di conservare non potrà esser imposto che per ciò che riguarda il disponibile.

tere e le sostiene; per lo contrario la donazione tra vivi per favore al matrimonio potrebbe farsi con atto separato dal contratto di matrimonio: e qualora fosse espresso cotesto favore, di tal che si vegga, che il matrimonio ne sia stata la causa impellente, non vi sarebbe ragione per non caducarsi la donazione, qualora il matrimonio non seguisse.

(*a*) *Alcuni han sostenuto, dice Grenier l. c. num. 409, potersi fare una donazione agli sposi col peso di restituire ai loro figli; come sarebbero il padre e la madre, gli zii e le zie degli sposi; ma ciò è contrario ed alla lettera dell' art. 1081 † 1037, ed allo spirito dell' intera legislazione per questa parte. Nel cit. articolo il legislatore ha compreso nell' eccezione i casi e non le persone. I casi abbracciano e la circostanza in cui la donazione sia fatta dal padre, dalla madre, dagli zii e dalle zie dello sposo; ed anche la circostanza in cui la donazione fosse fatta direttamente allo sposo col peso di restituire. In tutto il corso poi della discussione ch' ebbe luogo nel Consiglio di stato relativamente alla facoltà di donare col peso di restituire si ravvisa una continua opposizione all' idea di donare ad individui non esistenti.*

La donazione de' beni futuri è in generale ogni donazione il di cui effetto può dipendere dalla volontà del donante; tal'è quella di tutti o di parte de' beni che il donante lascerà nella sua morte (407). Questa specie di

---

Finalmente il donante non potrà stipulare che i beni donati saranno restituiti ai soli figli che nasceranno dal matrimonio. Ciò è proibito dall' art. 1050 † 1006.

(407) È questa l' istituzione che chiamasi *contrattuale*, se tuttavia la donazione è dell' intero o di una parte aliquota de' beni che lascerà il donante: poichè se fosse di un oggetto particolare, per es. se si dicesse che *tale oggetto è donato per goderne dal giorno della morte del donante ove si ritrovi ancora ne' suoi beni*, una simile donazione dovrebbe essere assomigliata ad un legato; se non che il donante non potrebbe più disporre dell' oggetto a titolo gratuito, ammenochè non se ne fosse riserbata espressamente la facoltà, come nell'art. 1086 † T.

Osservate che disposizioni di tal sorta debbono essere equiparate alle donazioni per causa di morte relativamente alla quantità de' beni che vi sono compresi, ed alle donazioni tra vivi relativamente alla capacità del donante e del donatario. È dunque il momento della morte del donante che fa d' uopo considerare per determinare il *quantum* della donazione. Ma è il momento dell' atto che bisogna considerare per giudicare se e ciò che il donante era capace di donare; e il donatario era capace di ricevere. Così fu giudicato con due arresti di cassazione del 18 maggio e del 9 luglio 1812. (Sirey, 1813, 1. par. pag. 12, e 29), Arresto della stessa corte del 5 maggio 1812 (*ibid.* pag. 7).

Le istituzioni per contratto possono esser fatte in favore degli sposi non solamente dai loro genitori o altri ascendenti, ma benanche dai loro collaterali, ed anche dagli estranei (art. 1082 † 1038). Abbiamo su questa materia un trattato assai commendevole di Boucheul intitolato: *delle Convenzioni di succedere* (*a*).

Due persone potrebbero esse con lo stesso contratto di matrimonio fare una istituzione contrattuale a vantaggio del medesimo individuo? Sì. Il motivo che ha fatto adottare la disposizione dell' art. 968 † 893 qui più non esiste, poichè l' istituzione per contratto è irrevocabile (*b*).

(*a*) *È valida un' istituzione contrattuale fatta con atto autentico dopo il contratto di matrimonio, ma prima della sua celebrazione? Merlin opina che sì, tanto nel Repert. sotto l' articolo* Instit. contract. §. 3, *che nelle Quistioni di dritto alla voce* Impiego §. 4.—*Grenier siegue la stessa opinione nel suo Trattato num.* 426.

(*b*) *Sarà permesso sotto l' impero del Cod. che proibisce le sostituzioni istituire gli sposi coll' incarico di dare una certa quota dell' istituzione ad altre persone diverse dagli sposi? Merlin, nel nuovo Repert. v.* Institution contractuelle, *sostiene che questa associazione non è compresa sotto la proibizione del Codice; Grenier nel suo Trattato* delle Donazioni *tom.* 11. *pag.* 30 *e seguenti num.* 423 *sostiene l' opinione contraria. Veggansi le loro ragioni, e si pesino.*

donazione è valida, non solo riguardo al conjuge dona-

Quid, se il contratto di matrimonio contiene solamente promessa d'istituire per tutto o parte della successione? Anticamente si credeva che ciò valesse istituzione (Boucheul, cap. I. n. 13.); ed io son d'avviso che sarebbe lo stesso anche attualmente. (arg. tratto dall' art. 1589 ✝ 1434.)

Quid, se avvi promessa di eguaglianza, per es., se il padre collocando uno de' figli in matrimonio, promette d'istituirli tutti egualmente? Questa promessa è valida, ma solo nell'interesse di colui nel contratto nuziale del quale è stata fatta. Se dunque noi supponiamo che questo padre abbia tre figli, e che dopo aver fatta nel contratto matrimoniale dell'un di essi, la promessa di trattarli egualmente, dia ad un secondo la porzione disponibile a titolo di anteparte, questa porzione, la quale senza promessa sarebbe stata del quarto e che avrebbe ridotta la quota ereditaria di ciascun figlio al quarto della successione, nel caso proposto non sarà che de' due dodicesimi, di cui una metà sarà sopportata dal figlio donatario per anteparte, e l'altra metà dal terzo figlio; mentre la parte del figlio maritato sarà sempre del terzo.

Dal non avere la cennata promessa alcun effetto riguardo agli altri figli segue che non impedisce essa al padre di donare in tutto o in parte il disponibile al figlio nel di cui contratto matrimoniale venne fatta. Ma questa promessa gl'impedirebbe di donare il disponibile ad un estraneo? Io nol penso. Per questa clausola il padre si è soltanto obbligato a non vantaggiare affatto alcuno de' suoi figli in pregiudizio dell'instituito. Così venne giudicato in Cassazione nel 15 dicembre 1818. (Sirey, 1819, par. 1. p. 119.)

Quid, se un padre maritando un dei suoi figli gli dona una somma di danaro da prendersi nella sua eredità, per ante-parte? Giudicossi dalla corte di Metz il 5 agosto 1819, che quest'era donazione di beni futuri, che non avea tolto al donante il dritto d'alienare a titolo oneroso. Si produsse ricorso, e questo venne rigettato il 1 marzo 1821, (Sirey, 1821, 1. par. p. 334). Io penso, che la decisione sia giusta ma sotto un altro rapporto. Il padre con questa donazione s'era costituito debitore di suo figlio della somma convenuta pagabile dopo la sua morte. Ora una simile convenzione quando non è accompagnata da ipoteca non può pregiudicare alle alienazioni. Ma s'avrebbe torto a concludere da ciò, che quest'atto costituiva una donazione dei beni futuri: Essa è certamente una vera donazione tra vivi importante la perdita del possesso della somma donata, che per effetto della tradizione *brevi manu* è riputata esser passata nelle mani del donatario a titolo di donazione, ed esser ritornata in quella del donante a titolo di prestito. Veggasi un arresto della Cassazione del 7 aprile 1823. (Sirey, 1823, par. 1. p. 301).

Una moglie maritata sotto la regola dotale potrebbe mai fare una istituzione per contratto che comprendesse anche i suoi stabili dotali? Si senza dubbio, poichè potrebbe donarli per testamento.

Ma avrebbe ella bisogno di essere autorizzata? La ragione del dubbio si deduce dal perchè con tal sorta d'istituzione la moglie non

1082 tario, ma eziandio riguardo ai figli (408) nati dal matri-
1038 monio, che si presumono sempre sostituiti volgarmente al donatario, in caso di premorienza di quest'ultimo (409).

---

pregiudica nè al marito nè a se medesima, mentre la disposizione non comprende che i beni cui ella lascerà nella sua morte, e che avrebbe potuto donare per testamento senza essere autorizzata. Ma la ragion del decidere si è che questa istituzione dee sotto alcun rapporto, come l'abbiamo detto, andar riguardata come un atto tra vivi che lega anche la moglie donante, poichè s'interdice la facoltà di disporre a titolo gratuito degli oggetti compresi nella istituzione; che per qualunque atto tra vivi la moglie deve essere autorizzata; che d'altronde la moglie separata convenzionalmente la quale vende uno de'suoi immobili, e la moglie maritata sotto la regola dotale che vende un immobile parafernale non pregiudicano i loro mariti, e non pertanto debbono esser autorizzate; e ciò perchè, siccome l'abbiamo stabilito al Titolo *del matrimonio*, l'autorizzazione si esige unicamente *propter reverentiam marito debitam*; per conseguenza questa disposizione dee applicarsi qualunque siasi la regola sotto la quale la donna sia maritata (a).

Si potrebbe mai rinunziare ad una istituzione contrattuale durante la vita dell'istituente? Io nou lo credo. È una vera successione cui non si può rinunziare finchè non sia aperta. Così fu giudicato in Riom il 30 aprile 1811 (Sirey, 1815, 2. par. p. 71).

(408) Bisogna intendere per queste parole tutti i discendenti dal matrimonio.

(409) *Quid*, se non vi sono figli nati da questo matrimonio, ma che il donatario ne abbia da un matrimonio posteriore i quali sieno viventi nell'epoca della morte del donante, impediranno essi la caducità? La negativa mi sembra risultar formalmente dall'art. 1082 † 1038. Ivi è detto nel primo paragrafo: *in favore dei figli nascituri* DAL LORO MATRIMONIO, e nel secondo, *a favore de' figli e discendenti nascituri* DAL MATRIMONIO. L'articolo intende dunque sempre di parlare de' figli nati dal matrimonio in occasione del quale è stata fatta la donazione. Si oppone a tale decisione l'art. 1089 † 1044, il quale non pronunzia la caducità delle donazioni comprese nell'art. 1082 se non quando il *donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua discendenza*, in generale e senza distinzione. Basta dunque, si aggiunge, per impedir la caducità, che vi sieno de' discendenti del donatario, da qualunque matrimonio provengano. Ma questa obiezione sarà facilmente risoluta.

In sulle prime è massima che gli articoli di un codice debbano essere interpetrati gli uni per mezzo degli altri.

Secondariamente, quando di due articoli l'uno esprime una proposizione generale, e l'altro la particolareggia, il senso generale deb-b'esser ristretto al caso particolare.

In terzo luogo finalmente allorchè un'articolo presenta alcun dubbio va interpetrato da quello che non ne presenta.

(a) *Tanto nella prima che nella seconda quistione sulla donna maritata concorda col nostro Autore il Grenier l. c. n. 431.*

Ora applicando queste regole alla quistione che ci occupa, si vedrà che l'art. 1089 parla in verità della discendenza del donatario, ma che questa parola *discendenza* potendo essere intesa egualmente di tutti i discendenti, o soltanto di quelli del matrimonio di cui si tratta, il dubbio a tal riguardo è tolto dall'art. 1082 il quale è espressamente citato nell'art. 1089, e chiaramente e specialmente indica i figli nati dal matrimonio in occasione del quale la donazione è stata fatta.

Questi principii sono stati talmente avvertiti dai partegiani della contraria opinione, che si son veduti costretti a fare al loro sistema una modificazione la quale lo distrugge del tutto. Volendo assolutamente conservare all'art. 1089 il senso generale che sembra avere, e non potendo d'altra parte sottrarsi alla disposizione chiara e precisa dell'art. 1082, hanno immaginato di sostenere che quando esistevano ad un tempo e figli del matrimonio in occasione del quale la donazione è stata fatta e figli di un matrimonio posteriore, i primi doveano essere preferiti e profittar soli della istituzione; ma che se n'esistevano soltanto di un matrimonio posteriore, ciò bastava per impedire la caducità. E questa interpretazione, io dico, distrugge tutto il sistema; poichè su qual motivo può esser fondata la preferenza che qui si concede ai figli del primo matrimonio se non è quello di esser obbligati a convenire che sono essi i soli i quali il donante ha inteso contemplare nella sua liberalità? Per qual ragione adunque si vorrebbe estendere questa medesima liberalità ai figli de' matrimonii posteriori, figli che, come il confessano gli stessi avversarii, il donante non avea in alcun modo intenzione di gratificare? D'altronde risulta colla massima evidenza dall' art. 1082, che se la legge non avesse stabilito la presunzione che vi ha sostituzione volgare, la donazione sarebbe caduca per la premorienza del donatario solo; il che d'altronde è uniforme a tutt'i principii relativi a queste specie di donazioni. Ora questo stesso articolo non istabilisce sostituzione volgare che in favor de' figli nati dal matrimonio in occasion del quale fu fatta la donazione. D'altra parte è indubitato che qualunque istituzione per contratto è senza effetto se premuojono l'istituito ed i sostituiti. Come dunque è mai possibile farla rivivere in favore di persone le quali non sono comprese nè nella istituzione nè nella sostituzione?

Io son quindi di parere che l'art. 1089 debb' essere inteso nel senso dell'art. 1082, e che l'istituzione per contratto è sempre riputata come fatta esclusivamente a favore del conjuge donatario e de' figli nascituri dal presente matrimonio soltanto. Quest' era d'altronde l'antico dritto (Pothier, *introd. al tit. 17 della Costumanza di Orleans*, n. 18, e Laurière, *delle Isituz. convenz.* cap. 7 n. 46, e 47); e nulla indica che i redattori del Codice abbiam voluto derogarvi. Anzi la redazione dell'art. 1082 sembra riferirvisi interamente (a).

(a) *Toullier è dello stesso avviso, l. c. n.° 842. Grenier sostenne l'opinione contraria, che ha poi ritrattata nella seconda edizione della sua opera. Debbo ingenuamente confessare (egli vi dice al n. 421) che mi era fatto sedurre dall' opinione di Chabrol, e che avea dato troppo latitudine alle parole dell'art. 1089 † 1044. Ritorno all' opinione degli autori in pria citati, e la quale è sostenuta dal signor Merlin . . . . . I termini di quest' articolo non possono far sup-*

Ma se la presunzione della legge non ha luogo in favore de' figli degli altri matrimonii, potrebbero essi almeno esser chiamati per volontà espressa dell' istituente? Opino che non potrebbero essere chiamati se non per mezzo della sostituzione fedecommessaria nel caso preveduto dagli art. 1048 e 1049 † 1003 e 1004.

Si potrebbe mai per contratto di matrimonio donare i beni avvenire ai figli nascituri dal matrimonio, senza donare allo sposo? Si poteva anticamente. Oggi la negativa sembra certa. Egli è vero che il 1. paragrafo dell'art. 1082 dice che si può donare *tanto agli sposi che ai figli nascituri dal loro matrimonio*, il che può intendersi tanto separatamente che collettivamente. Ma ciò che segue prova che debba intendersi questa disposizione nel senso di poteri donare sia allo sposo soltanto, sia allo sposo ed ai figli nascituri. In effetti, l' articolo aggiunge che si può donare ai figli nascituri, *nel caso in cui il donante sopravvivesse allo sposo donatario*. Bisogna dunque due cose perchè i figli nascituri possano esser l' oggetto della liberalità: la prima, che lo sposo sia egli stesso donatario; e la seconda, ch'ei premuoja al donante. D' altronde potrebbe risultare dall' opposto sistema una specie di sostituzione fedecommessaria e per conseguenza proibita. Supponiamo in effetti che nel contratto matrimoniale di Paolo, Pietro istituisca soltanto i figli nascituri dal matrimonio. Pietro muore. Paolo non ha ancora figli; ma può averne. Egli non può raccogliere l'oggetto della istituzione, non essendo egli l' istituito. I beni passeranno dunque all' erede di Pietro, ma col peso di conservarli e restituirli ai figli che Paolo potrà avere. Ciò rientrerà dunque nella classe delle disposizioni proibite dall' art. 896 † 941.

Osservate, 1. che la disposizione per effetto della quale i figli del matrimonio sono volgarmente sostituiti al donatario è fondata su di una semplice presunzione della volontà del donante; ma che questa presunzione può essere distrutta da una volontà contraria. Se dunque il donante ha stipulato espressamente che l' istituzione sarebbe caduca qualora il donatario premorisse, o che abbia o nò procreati figli dal matrimonio, la clausola è valida, e la sostituzione non avrà luogo a vantaggio de' figli; mentre, poichè il donante può, anche nel caso di una donazione tra vivi la quale investe dell'immediato possesso il donatario, stipulare il dritto di riversione nel caso di precedente morte del donatario solo, tanto più può egli stipulare in questo medesimo caso la caducità dell' istituzione contrattuale.

Per la stessa ragione io penso che l' istituente potrebbe stipulare che in caso di premorienza del donatario con figli, egli avrà la facoltà di distribuire fra essi la successione in porzioni disuguali; mentre poichè poteva non dar loro nulla, a più ragione può egli donar loro inegualmente il tutto, salvo il dritto di riserva, s' egli è un ascendente.

Ma potrebbe egli stipulare che in caso di premorienza del donatario i beni donati apparterranno esclusivamente ad uno de' figli, il

porre che il legislatore abbia voluto annullare il suo principio. La discendenza della quale ivi si parla non deve intendersi, se non dei discendenti del matrimonio in favor del quale la donazione contrattuale sia fatta . . . . . tutti gli altri figli dell' istituito premorto non impedirebbero la sua caducità.

Quando la donazione de' beni futuri è universale o a titolo universale (410), essa è chiamata in dritto *instituzione contrattuale* (411), e può esser definita con

primogenito, per esempio? Io non lo credo: non si può in generale disporre tra vivi a favore d' individui non concepiti nel momento della donazione. Non vi sono che due eccezioni a questa regola: quella della sostituzione fedecommessaria nel caso in cui è ammessa, e quella della sostituzione volgare tacita stabilita dall' art. 1082. Ma in questi due casi la sostituzione ha luogo a favore di tutti i figli del donatario senza distinzione; e come son realmente due eccezioni, esse non possono estendersi al di là de' casi pe' quali sono stabilite; e debbono riunire tutte le condizioni che la legge vi ha essa medesima apposte.

Nè osta ciò che abbiam detto dell' istituente, il quale potrebbe stipulare che, premorendo il donatario, egli potrebbe distribuire inegualmente la propria successione tra i figli del medesimo; il che suppone che potrebbe anche donarla interamente ad uno di essi. Dapoichè altro è esercitare un dritto, altro il riserbarsi la facoltà di esercitarlo. In quest' ultimo caso l' istituente nòn dispone: egli palesa unicamente l' intenzione di disporre; e quando disporrà realmente, i figli saranno esistenti. Nell' altro caso al contrario egli disporrebbe realmente in favore di un individuo non ancora esistente; il che contraddice alle disposizioni della legge.

Osservate in secondo luogo che avvi qui, come l' abbiamo detto, sostituzione volgare in favore de' figli nati dal matrimonio. In conseguenza questi figli si presumono aver dall' istituente solo i beni compresi nella istituzione. Essi dunque li prendono *jure suo*, come eredi dell' istituente, e non come eredi dell' istituito. Non è perciò necessario ch' essi abbiano accettata la successione di quest' ultimo: l' istituito non potrebbe con veruna disposizione fare tra essi un ripartimento ineguale dei beni compresi nella istituzione. Ma quantunque vengano essi alla successione del donante *jure suo*, nondimeno l' adiscono nell' ordine della rappresentazione; vale a dire che se l' istituito premuore lasciando figli e nipoti, essi succedono per istirpi e non per capi.

Potrebbe mai farsi una istituzione contrattuale sotto condizione? Senza dubbio che si, ed anche, siccome l' abbiam veduto, sotto condizioni che dipendono dalla volontà del donante; ma essa non potrebb' esser fatta sotto la condizione di donar qualche cosa ad un terzo: giacchè siffatta condizione tenderebbe a violare la legge la quale non permette le donazioni di beni futuri se non per contratto di matrimonio, ed in favor degli sposi. (V. la nota 113 qui sopra p. 106).

(410) Per conoscere se una donazione di beni futuri è fatta a titolo universale, e se per conseguenza il donatario debb' esser tenuto de' debiti, applicate ciò che dice l' art. 1010 † 964.

(411) Vi ha però questa differenza tra l' istituzione contrattuale e le altre donazioni il di cui effetto può egualmente dipendere dalla volontà del donante, che le prima è sempre ed irrevocabilmente caduca, se il donante sopravvive al donatario ed alla sua discendenza; laddove, le altre possono, secondo le circostanze, passare agli eredi o aventi causa dal donatario. La ragione della differenza si è che la prima è una vera istituzione di erede, un dono della successione.

Laurriere, il dono irrevocabile in tutto o in parte della successione del disponente. Ella partecipa della donazione tra' vivi propriamente detta, perciocchè è irrevocabile per parte del donante (412), solamente però nel senso ch' ei non può più disporre a titolo gratuito (413) degli

Ora noi abbiamo veduto che per essere erede di un individuo è d'uopo avergli sopravvivuto. E se la legge ammette quì al beneficio della istituzione i figli del donatario premorto, si è perchè ella suppone in lor favore una sostituzione volgare. Ma quanto alle donazioni tra vivi, che non son collocate nella classe delle donazioni di beni futuri se non perchè il loro effetto dipende dalla volontà del donante, bisogna distinguere se la condizione da cui dipendono è risolutiva o sospensiva. Se essa è risolutiva, siccome questa condizione non impedisce che l'atto sia perfetto nel suo principio, io giudico che il donatario è investito dell'oggetto sotto la condizione imposta, e che alla sua morte egli lo trasmette ai suoi successori, qualunque sieno, sotto la stessa condizione. Se poi la condizione è sospensiva, bisogna ancora distinguere; se la medesima ebbe compimento prima della morte del donatario, per effetto di questo compimento egli è irrevocabilmente investito dell' oggetto donato, e quindi lo trasmette ai di lui successori. Ma se morì senza prole prima dell'adempimento della condizione, la donazione diviene caduca. Noi vediamo in effetti dall'art. 1182 † 1135 che onde il compimento della condizione sospensiva confermi lo obbligo, fa d' uopo che nell' atto di tal compimento le cose sieno in uno stato tale che l' obbligo possa aver luogo. Non è così nel nostro caso, poichè si suppone il donatario morto prima: ora, non si può donare ad una persona defunta; dunque ec. Tale sembra essere stata la dottrina de' giureconsulti romani. (arg. tratto dalla legge 9 §. 1 ff. *de jure dotium.*

(412) *Quid*, se viene a morire prima della celebrazione del matrimonio? La donazione non cessa di essere irrevocabile. Per verità si reputa sempre ch' essa sia fatta sotto la condizione del matrimonio, ma il favore del matrimonio dee in questo caso far riguardare questa condizione come risolutiva; per conseguenza non impedisce che l'atto sia perfetto sin dal principio; e secondo le dottrine stabilite nella nota precedente, la morte del donante benchè anteriore all'evento della condizione non può pregiudicarle. Tale è la decisione della precitata legge 9 § 1. ff. *de jure dotium.*

(413) Dunque ci può disporre a titolo oneroso; dunque tutte le alienazioni ed ipoteche sono valide; dunque non v'è luogo alla trascrizione, ancorchè il donante fosse proprietario d'immobili nel momento della istituzione. Ed in effetti, prescindendo dalla inutilità della trascrizione, ove mai si farebbe trascrivere? Gl' immobili che il donante possede nell' epoca del matrimonio non sono i donati, ma quelli ch'ei possederà alla sua morte. Ora ei può vendere tutti quelli ch' egli ha in quel momento e comprarne altri (*a*).

(*a*) *L'art.* 939 † 863 *che prescrive la trascrizione*, *riguarda solo la donazione tra vivi*, *molto diversa e pel carattere e per gli effetti dalla disposizione in esame. V.* Grenier *l. c. n.* 430.

oggetti compresi nella donazione, eccettochè per piccole (414) somme a titolo di ricompensa od altrimenti (415). 1083 1039

Noi diciamo *a titolo gratuito*: il donante può dunque disporre a titolo oneroso, e per conseguenza il do-

---

Ma da che il donante non può disporre a titolo gratuito degli oggetti compresi nella donazione ec., dobbiam forse conchiudere che il donatario contrattuale potrebbe rivendicare dai terzi gli oggetti donati fra vivi? La negativa non mi sembra dubbia in quanto ai mobili. I mobili non hanno ipoteca, e per essi il possesso equivale al titolo. Ma non può esser lo stesso riguardo agl' immobili; altrimenti la proibizion della legge sarebbe continuamente elusa. Invano si direbbe che il donatario contrattuale avrà un regresso contra il donante; dapoichè è possibilissimo che quest' ultimo sia insolvibile, e d' altronde qual potrà essere questo regresso se l' istituzione contrattuale comprende tutta la successione del donante?

Nè osta ciò che fu detto qui sopra nella nota 124 p. 112, che la mancanza di trascrizione può essere opposta al donatario, anche da coloro i quali hanno acquistato dal donante a titolo gratuito. Evvi l' essenzial differenza fra i due casi, che nelle donazioni ordinarie di beni presenti il donatario ha un mezzo d' impedire qualunque disposizione per parte del donante facendo trascrivere la donazione, e ch' egli non può impiegar questo mezzo nella donazione di beni futuri, siccome l'abbiamo ora dimostrato. Dunque se non gli si desse l' azione per regresso contro ai donatarii, egli non avrebbe alcun modo come impedir al donante di annientare la donazione, anche per mezzo di disposizioni a titolo gratuito; e ciò contra la proibizion della legge.

(414) *Quid*, se il donante si è riserbata la facoltà di una certa somma? Si presume aver così determinato egli stesso l' estensione della sua disponibilità, e non può in conseguenza donar nulla al di là della somma stabilita. (Boucheul, *delle Convenzioni di succedere*, cap. 1, n.° 23, e Lebrun, *delle Succes.*, lib. 3. cap. 2, n.° 24).

(415) Quindi non è assolutamente necessario che i doni sieno rimuneratorii: basta che siano modici. Non si è voluto privare l'istituente del piacere di lasciar qualche pegno della sua memoria ad un amico. Ma fu giudicato in Cassazione il 23 febbrajo 1818 (*Boll.* n. 17) che qualunque donazione a titolo universale, anche a favor della vedova dell' istituente, era nulla.

Quid, se l' istituito acconsentì alle donazioni fatte dall' istituente? Se questo consenso ebbe luogo durante la vita dell' istituente, non credo che possa avere effetto, dovendo presumersi strappato dal timore *ne pejus faciat*; d' altronde mi sembra che si può riguardare questo consenso come un patto su di una successione futura. Per altro è da consultarsi un arresto di cassazione degli 8 novembre 1815 (Sirey, 1816, 1. par. p. 137.). Ma è chiaro che tal arresto fu reso in circostanze particolari; la nullità delle disposizioni era chiesta dai creditori di quello che avea consentito, ed i quali non avevano siffatta qualità all' epoca nella quale il consenso fu dato.

natario è tenuto (416) a pagare i debiti e pesi della eredità del donante in proporzione della parte nella quale egli è instituito (417), poichè egli non è donatario che di quei beni che esisteranno al giorno della morte del donante, ed è noto che *bona non intelliguntur, nisi* 1086 *deducto aere alieno.* Egli può d' altronde esimersi da T. questa obbligazione col rinunziare alla donazione (418).

Se la donazione universale o a titolo universale ab-

(416) L' art. 1086 † T. dice che la donazione in favore degli sposi, e dei figli nascituri dal matrimonio *potrà* esser fatta a condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi della successsion del donante. Questa parola *potrà*, la quale sembra indurre una disposizione facoltativa, può presentare qualche difficoltà; giacchè egli è ben chiaro che si tratta nel caso di una donazione di beni futuri, non essendovi che questa donazione la quale possa esser fatta ai figli nascituri. Ora, se si tratta di una donazione universale, vale a dire di tutti i beni che il donante lascerà morendo, non potrebbe il donatario in grazia di nessuna convenzione esser liberato dall' obbligo di pagar tutt' i debiti. Sembrerebbe dunque non doversi dire che questa donazione *potrà* esser fatta a condizione di pagar tutt' i debiti, mentre non può esser fatta altrimenti. Nondimeno può darsi al cennato vocabolo due ragionevoli sensi: il primo, che il donante potrà non donare agli sposi ed ai figli che una quota della sua successione e loro imporre l' obbligo di pagar tutt' i debiti ed anche i pesi, vale a dire le legittime (V. l'art. 36 dell' Ordin. *delle donazioni*); ed il secondo che il donante potrà incaricarli di pagar tutti i legati. Dapoichè, quantunque l' art. 1083 † 1039 dica che il donante non può disporre a titolo gratuito degli oggetti compresi nella donazione, tranne per somme modiche ec., ciò dee intendersi del caso in cui non vi ha alcuna particolar convenzione a tal soggetto. In effetti non è dubbio che il donante possa coll' atto di donazione riserbarsi il dritto di fare tutte le disposizioni che giudicherà convenevoli, poichè dice l' art. 1086 che la donazione può esser fatta sotto qualunque condizione, la di cui esecuzione dipenda dalla volontà del donante. In questi due casi adunque il pagamento di tutti i debiti e pesi non è di dritto; può solamente essere stipolato dal donante, ed il donatario è in obbligo di conformarvisi, o rinunziare alla donazione.

(417) Una decisione della corte di Limoges riportata in Sirey, 1819, par. 1. p. 391, giudicò, che il donatario per un quarto era tenuto in forza dell' art. 1085 † 1041 di pagare tutti i debiti della eredità. Questa decisione poteva essere giusta nel fondo, e nella specie proposta, ma per ogni altro motivo fuori di quello addottato dalla Corte, la quale fondossi su d' una interpetrazione evidentemente erronea dell' articolo suddetto.

(418) Abbiam fatto precedentemente osservare perchè in questo caso particolare il donatario poteva esimersi dai pesi rinunziando alla donazione (V. quì sopra la nota 148 pag. 131).

braccia cumulativamente i beni presenti e futuri, deesi unire all'atto di donazione uno stato de' debiti e pesi del donante esistenti al giorno della donazione (419). 1084 1040

Mercè questo stato, o sia descrizione, il contratto è riputato comprendere due donazioni distinte; una dei beni presenti, che è certa, perfetta ed irrevocabile (420) dal momento dell'atto, tanto riguardo al donante, quanto rispetto al donatario (421) il quale allora è obbligato a pagare soltanto i debiti e pesi contenuti nello stato; e l'altra, dei beni futuri, subordinata alla condizione di pagare tutti i debiti ereditarj, ed alla quale per conseguenza il donatario può rinunziare (422). *ivi*

(419) Non si è voluto derogare, nemmeno in questo caso, al principio che nella donazione de' beni presenti il valore e la quantità debbono esserne certi ed invariabili al giorno della donazione, il che non sarebbe, se i pesi di cui sono essi gravati non fossero sin d'allora conosciuti. Per la stessa ragione, se la donazione de' beni presenti comprende mobili di cui non sia stata fatta la tradizione reale, debb'esservi annesso uno stato di apprezzo, altrimenti saranno essi compresi altresì nella donazione di beni futuri, ed in conseguenza soggetti all'azion de' creditori della successione (*a*).

(420) Salvo i mezzi legali di rivocazione i quali, eccettuato quello dedotto dall'ingratitudine del donatario, si applicano alle donazioni per contratto di matrimonio come a tutte le altre.

(421) Per conseguenza egli è in possesso dal momento della donazione. I suoi figli non possono raccogliere gli oggetti donati se non quando abbiano accettata la di lui successione; la quale, se comprende immobili, debb'essere trascritta.

(422) Egli non è dunque investito del possesso. Se muore prima del donante, i suoi figli raccolgono la donazione *jure suo*, ed ancorchè abbiano rinunziato alla di lui successione; non è necessario di farla trascrivere. Le alienazioni a titolo oneroso e le ipoteche consentite dal donante sono irrevocabili, ec. In una parola si applicherà a questa parte della donazione l'art. 1183 † 1136 in tutta la sua estensione (*b*).

(*a*) *Veramente gli art.* 1084 *e* 1085 † 1040 *e* 1041 *non richiedono che sia annesso lo stato estimativo de' beni mobili compresi nella donazione de' beni presenti e futuri, conforme l'ha ordinato l'art.* 918 † 834, *appunto perchè in mancanza di questo stato i mobili sono riputati compresi ne' beni futuri che sono presi dal donatario nello stato in cui si trovano. Del resto riflettete che il Codice non permette al donatario di prendere i beni acquistati dopo la donazione e ripudiar quelli che esistevano a tal epoca per discaricarsi de' debiti di cui eran gravati. Il principio dell'indivisibilità della donazione in questo riguardo è conservato.* (*V.* TOULLIER, *l. c. n.*854, *nella nota*)

(*b*) *Quindi l'istituente può vendere non ostante qualunque con-*

Se al contrario, non vi fu annesso lo stato suddetto, allora l'atto non è considerato contenere che una sola donazione, quella cioè dei beni che si troveranno esistenti al tempo della morte del donante. Quindi ne segue:

1. Che il donatario è obbligato di accettarla o di rinunziarvi intieramente;

2. Che, s'egli accetta, non può reclamare che i beni esistenti al giorno della morte del donante (423), e sotto la condizione di pagare tutti i debiti e pesi ereditarj (424);

1085
1041

---

(423) Siccome non vi è stata in realtà donazione tra vivi propriamente detta, non è stata trasferita al donatario la proprietà di alcun oggetto. Quindi in questo caso la donazione è, come l'abbiam detto, totalmente assimilata ad una donazione di beni futuri; e per conseguenza se essa conteneva de' mobili, non può essere annullata per mancanza dello stato estimativo. Così giudicossi dalla Corte di Agen nel 21 aprile 1818, e dalla Cassazione il 27 febbrajo 1821, (Sirey, 1821, par. 1. p. 236). Ed in fatti il motivo pel quale si richiede questo stato qui non esiste, poichè il donatario non ne ha il possesso, e che il donatore può alienare.

(424) Circa la quistione se il donatario o l'istituito per contratto sieno tenuti *ultra vires*, e se abbiano l'investimento, applicate ciò che è stato detto più addiatro relativamente al legatario universale, ed al legatario a titolo universale.

Quid nel caso di riserva, se vi sono più donatarii ciascuno per una quota della successione, debbono essi concorrere per egual porzione a somministrar la legittima, ovvero è da esaurirsi le ultime donazioni innanzi che ricorrere alle prime? Si può dire a pro della prima opinione, che il dritto di tutti gl'istituiti si apre nel medesimo istante, quello della morte dell'istituente; che per conseguenza si debbono comparare ai legatarii i quali concorrono tutti pro rata alla prestazione della legittima. Ma si può rispondere che al dritto degl'istituiti si fa luogo per verità nel momento della morte, nel senso che da questo momento solo può determinarsi il valore di ciò che avranno da pretendere e de' pesi cui dovranno soddisfare; ma quanto al fondo del dritto esso è certo ed irrevocabile dall'istante della donazione. Non può dirsi lo stesso de' legati. Bisogna attendere la morte del testatore, non solamente per determinare il dritto del legatario, ma benanche per sapere s'egli avrà un dritto qualunque. La volontà del testatore essendo ambulatoria fino all'ultimo punto di sua vita, il dritto del legatario

venzione in contrario, che si reputa come non scritta. E la vendita a rendita vitalizia fatta dall'autore di una istituzione contrattuale non è riputata disposizione a titolo gratuito o fatta in frode della istituzione; come decise la Corte di Riom nel 4 dicembre 1810. V. Sirey tom. 13 par. 2 pag. 348.

3. Finalmente, che la donazione intera diviene caduca, se il donante sopravvive al donatario ed alla sua posterità (425). 1089 1044

---

non esiste, non nasce che dal momento della morte; laddove l'istituito ha, come lo dicevamo, un dritto irrevocabile dal momento della donazione, dritto che il donante non può annichilare in quanto alla sostanza, benchè possa annullarne l'effetto dissipando tutti i suoi beni.

D'altronde l'art. 1083 † 1039 interdice al donante il dritto di pregiudicare alla donazione di beni futuri con disposizioni a titolo gratuito. Ora egli è evidente che ove si facessero concorrere tutte le donazioni alla prestazione delle legittime senza riguardo all'anteriorità delle date, si darebbe al donante un mezzo da eludere le disposizioni di questo articolo; giacchè facendo posteriori donazioni egli pregiudicherebbe il donatario anteriore, il quale non avrebbe sofferto alcuna diminuzione per la legittima, se le donazioni posteriori non avessero avuto luogo.

È quindi mio avviso che debba seguirsi l'ordine delle date: e questa era altresì la disposizione dell'art. 36 dell'Ordinanza del 1731.

(425) Provegnente dal matrimonio, come l'abbiam veduto poco fa nella nota 409 pag. 331.

L'art. 1089 † 1084 pronunzia la caducità, in caso di premorienza del donatario e della sua discendenza, delle donazioni comprese nell' art. 1084 † 1040 senza distinzione; da ciò alcuni han voluto inferire che in tutti i casi la donazione di beni presenti e futuri era soggetta alla caducità stabilita dall' art. 1089, sia che vi fosse o no uno stato de' debiti esistenti nel momento della donazione. Io non posso adottare questa opinione. In sulle prime è innegabile che la caducità stabilita dal detto articolo non si applica alle donazioni de' beni presenti, poichè l'art. 1081 † 1037, che riguarda questa specie di donazioni, non vi si trova citato. D'altronde egli è certo che in una donazione di beni presenti e futuri, allorchè lo stato dei debiti e pesi esistenti nell' epoca della donazione è annesso all' atto, vi sono realmente, come l'abbiamo detto, due donazioni distinte, l'una di beni presenti di cui il donatario è immediatamente investito coll' obbligo di pagare i debiti e pesi contenuti nello stato, e l'altra di beni futuri alla quale ci potrà rinunziare, se lo giudica convenevole, alla morte del donante. Or perchè l'art. 1089 non sarebbe applicabile ad una donazione di beni presenti pura e semplice, e lo sarebbe a questa medesima donazione perchè si troverebbe fatta nell' atto stesso di una donazione di beni futuri? Invano si cercherebbe assegnare un motivo plausibile di questa distinzione. Fa d'altronde meraviglia che siasi citato nell' art. 1089 l'art. 1084, e non già l'art. 1085 † 1041 in cui ben sicuramente si tratta di donazioni le quali divengono caduche per la precedente morte del donatario e della sua discendenza: ciò ha fatto pensare ad alcune altre persone che fosse corso un errore di stampa nell' art. 1089, e che in luogo di 1084 bisognava leggere 1085. Ma è possibile non pertanto ammettere l'articolo qual è senza contradire ai principii ora da noi stabiliti. Se esiste in effetti nell' art. 1084 una specie di donazione alla quale la caducità dell' art. 1089 sia applicabile, è inutile emendare que-

Per quanto favorevoli sieno le donazioni fatte per contratto di matrimonio, esse non possono pregiudicare

---

st' ultimo. Ora noi abbiamo già più volte dimostrato che nel detto art. 1084 vi erano due specie di donazioni, l' una di beni presenti, e l'altra di beni futuri. Perchè dunque non si applicherebbe l' art. 1089 alla sola donazione di beni futuri? E ciò che prova in favore di questa opinione si è che bisogna fare la stessa distinzione riguardo all' art. 1086 † T. il quale è parimenti citato nell' art. 1089. In effetti è quistione evidentemente nell' art. 1086 di due specie di donazioni assai tra loro distinte; giacchè nella prima parte dell' articolo è chiaro che si tratta di una donazione di beni futuri, poichè si suppone poter esser fatta a figli nascituri; e nella seconda parte si tratta anche evidentemente di una donazione di beni presenti, poichè l' articolo ne contiene la formale enunciazione. Dopo ciò, si crederebbe dover decidere che per eser l' art. 1086 richiamato nell' art. 1089, la donazione di beni presenti diverrebbe caduca per la precedente morte del donatario e della sua discendenza? Non si procederà certamente tant' oltre, ammenochè non si voglia cozzare con tutti i principii. Io congetturo dunque che l'art. 1089 debba essere così interpetrato:

,, Le donazioni di beni futuri fatte ad uno degli sposi ne' modi ,, indicati dagli articoli 1082, 1084, e 1086, saranno senza effetto ,, se il donante sopravvive al donatario ed alla sua discendenza ,,.

L' articolo così inteso non presenta più alcun dubbio, poichè non si applica allora agli art. 1084 e 1086, se non per la parte relativa alle donazioni di beni futuri.

Invano si opporrebbe a questa decisione il parere di Ricard, *delle Donaz.* par. 3. n. 827. Dappoichè questo autore, il quale scriveva prima dell' Ordinanza, ragiona evidentemente nel senso di una donazione di beni presenti e futuri pura e semplice, vale a dire, alla quale non fu annesso lo stato dei debiti. (Non si era ancora immaginato questo mezzo che fu per la prima volta stabilito dal Codice). In effetti questo autore dà per motivo del suo parere che se la donazione non fosse interamente caduca per la premorienza del donatario, sarebbe lo stesso che fargli acquistare dopo la sua morte. Ricard suppone dunque che il donatario non abbia acquistato nulla con la donazione; ed è certo che nel nostro dritto, quando lo stato de' debiti viene annesso, i beni presenti sono irrevocabilmente acquistati dal donatario. L' opinione di Ricard lungi adunque dall' esser contraria alla nostra, sembra anzi confermarla (a).

(a) *Nella mancanza dello stato de' debiti una tale donazione non differisce dalla donazione de' beni che lascerà il testatore alla sua morte, o dall' istituzione contrattuale, dice* Toullier, *l. c. n.* 855 *e seguenti. Se poi vi è annesso, prende un carattere che le è particolare e donde derivano le sue differenze colle altre donazioni fatte in favor del matrimonio.* " *Ma in questo caso il donatario sino all'* ,, *epoca della morte del donante non ha alcun dritto acquistato sulla* ,, *proprietà de' beni, alcun dritto trasmissibile a' suoi eredi; e s'egli* ,, *premuore senza figli, la donazione non è risoluta, perchè non è*

in verun modo alla riserva legale (426): sono in conseguenza, al tempo della apertura della successione, riducibili alla porzione di cui la legge permetteva al donante di disporre (*a*). 1090 *1045*

CAPITOLO VI.

DELLE DONAZIONI TRA' CONJUGI.

Le donazioni tra' conjugi possono farsi nel contratto di matrimonio, o durante il matrimonio.

Ma prima di trattare separatamente di queste due specie di donazioni, è necessario di far conoscere due disposizioni che loro sono comuni.

1050 La prima è che queste donazioni non sono rivocabili 1096
885 per la sopravvegnenza di figli al donante (427). 960

La seconda è relativa alla porzione disponibile, la quale, come lo dicemmo nel cap. 1., varia secondo le circostanze.

Quid, se il donatario abbia alienato; il che è possibile, per es. nel caso di una donazione di beni presenti e futuri quando siasi trascurato di unirvi lo stato richiesto dall' art. 1084 † 1040, e che il donatario sia nondimeno stato messo in possesso dei beni presenti? Siccome la donazione è caduca, i beni ritornano franchi e liberi nelle mani del donante. Apparteneva agli acquirenti assicurarsi se tutte le condizioni richieste per rendere irrevocabile la proprietà del donatario erano state adempiute.

L' istituzione contrattuale sarebbe essa annullata per la morte civile dell' istituente? V. al 1. vol. la nota 21 p. 101.

(426) Ed esse sono inoltre, come l' abbiamo veduto, rivocabili per la sopravvegnenza de' figli, ammenochè non siano state fatte da un ascendente al suo discendente. (art. 960 † 885).

(427) Salvo ciò che abbiam detto qui sopra, nota 170 p. 144.

,, *mai esistita; ma è caduca, vale a dire priva del suo effetto e considerata come non avesse avuto mai esistenza. La condizione della* ,, *sopravvivenza del donatario è sospensiva non risolutiva, quand'anche egli fosse stato immesso nel possesso de' beni, e ne avesse avuto* ,, *il godimento, poichè questa circostanza non gli avrebbe trasferita* ,, *la proprietà.* ,,

(*a*) *Veggasi nel Grenier l. c. num.* 442 *l' esame della quistione* ,, *Qual uso debba farsi degli oggetti compresi nella disposizione fatta sotto l' impero delle antiche leggi, de' quali il donante o l' istituente, morto dopo la pubblicazione del Codice, si era riservato la facoltà di disporre.*

Se il conjuge donante non lascia nè ascendenti nè discendenti, egli può disporre in favore dell'altro conjuge della totalità de' suoi beni.

S'egli lascia ascendenti, può donare all'altro conjuge la porzione disponibile in piena proprietà, e l'usufrutto di ciò che rimane (428),

Se lascia discendenti, può disporre in favore dell'altro conjuge della metà de' suoi beni (429); cioè del quarto in piena proprietà, e dell'altro quarto in usufrutto (430).

1094 T.

Finalmente, se esistono figli o discendenti di un matrimonio precedente, egli non può donare al nuovo conjuge che una parte eguale alla minore che sia per pervenire ad uno de' figli legittimi, senza che in verun caso questa donazione possa eccedere il quarto dei beni (431).

1098 1052

(428) V. l'osservazione da noi fatta intorno a questa disposizione nella nota 51 p. 51. di questo volume.

(429) Qualunque sia il numero de' figli. Così, ei può disporre di questa quota quando avesse tre figli o più; e non può disporre che di questa quota, quando non ne avesse che un solo.

(430) V. le note 52 e 53 pag. 51 (*a*).

(431) (V. su quest' art. Pothier *del contratto di matrimonio* n. 532 e seguenti). Il principio di questa disposizione trovasi nella famosa legge *Hac edictali*, 6, Cod. de *sec. nuptiis*. Ella proibiva in generale al conjuge che avea un figlio del primo letto di dare al suo nuovo conjuge dippiù della parte di quel figlio che prende il meno, ed ordinava che il soprappiù rimanesse inutile e troncato.

Questa proibizione era stata consacrata nell' antica giurisprudenza coll' editto di Francesco II, chiamato *l'editto delle seconde nozze*, e disteso dal cancelliere de l'Hopital. Questo editto conteneva due disposizioni, ossia capi.

L'uno ordinava al conjuge rimaritato, a norma delle leggi 3. e 5. Cod. *de sec. nuptiis*, di conservare ai suoi figli del primo letto quanto avesse ricevuto dall'eredità del primo conjuge: disposizione la quale non è stata mantenuta dal Codice, probabilmente perchè fu riguardata come una specie di sostituzione.

L'altro capo sanzionava la disposizione della legge *Hac edictali*;

(*a*) *L'art.* 1094 *dice ,, potrà donare all' altro conjuge, o una quarta parte de' suoi beni in proprietà ed una quarta in usufrutto, o la metà di tutti i suoi beni soltanto in usufrutto ,, La cupidigia, dice* Toullier, (*l. c. n.* 867 *nota* 1.) *ardì sostenere che quest'articolo non permette di donare che la nuda proprietà di un quarto e l'usufrutto di un quarto, lo che non sarebbe che un quarto in piena proprietà. Questa pretensione fu proscritta dalla Corte di Brusselles colla decisione del* 21 *luglio* 1810.

se non che l'aveva applicata solamente alle donne passate a seconde nozze. Ma la giurisprudenza l'avea estesa anche agli uomini; ed in questo senso appunto la ritroviamo nell' art. 1098 † 1052 del Codice, con l'addizionale disposizione che, qualunque sia il numero de' figli, la donazione a favore del secondo conjuge non può mai eccedere il quarto de' beni. Così, quel conjuge che avendo un solo figlio potrebbe dar la metà de' suoi beni ad un estraneo, non potrà disporre che del quarto in favore del suo conjuge. Ciò è fondato su d'un principio che abbiam avuto già occasione di citare, cioè che in materia di proibizione bisogna interdire più rigorosamente gli atti ai quali si presume che le parti più facilmente si porteranno. *Passim videmus*, dice Vinnio, instit. lib. 2 tit. 8, *ea sola legibus prohiberi quae facile fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quae difficulter.* Era dietro questo principio che presso i Romani la legge Giulia permetteva al marito di alienare il fondo dotale col consenso della moglie, e non gli permetteva d'ipotecarlo neanche col di lei consenso. Si presumeva che la moglie consentirebbe più volentieri all'ipoteca *propter spem luendi pignoris*, che non alla alienazione, la quale irrevocabilmente la spogliava. Per la stessa ragione il Senatuconsulto Vellejano proibiva alla moglie di dar sicurtà per altra persona, e non le proibiva di pagare per un terzo. Finalmente la legge *Fusia Caninia* restringeva le manomissioni quando si faccan per testamento e non le limitava in alcun modo se faceansi con atto tra vivi, cc.

Nel caso dell' art. 1098 si è preveduto che un padre o una madre difficilmente s'indurrebbe a spogliare i suoi figli a favore di un estraneo, ma che potrebbe facilmente farlo in favore del secondo conjuge. Si è dunque dovuto restringere le disposizioni in favore del conjuge, precisamente perchè si è dovuto supporre che più facilmente e frequentemente verrebbero fatte: *lex arctius prohibet quod facilius fieri putat.*

Ciò posto, esaminiamo le differenti quistioni che possono nascere in occasione dell' art. 1098 e che sono assai numerose.

Primieramente, a quali specie di disposizioni si estende la proibizione dell' articolo? A tutte quelle da cui può risultare un vantaggio qualunque pel secondo conjuge in pregiudizio dell' altro, anche alle donazioni scambievoli ed alle convenzioni che a prima vista presentano alcun che di alcatorio, come sono le donazioni fatte al superstite. La proibizione dell' art. 1098 comprende anche molte disposizioni le quali in qualunque altra circostanza non sarebbero riguardate come vantaggi: tali sono l'anteparte, la messa disuguale nella comunione, ec. (art. 1527 † T). Quindi, perchè vi sia luogo all' applicazione dell' art. 1098, bisognano due cose: che il conjuge il quale non avea figli abbia profittato a spese o in pregiudizio dell' altro conjuge: *Si donator fiat pauperior et donatarius locupletior.* Se dunque il secondo conjuge è divenuto più ricco, ma senza che ne sia risultato pregiudizio all' altro conjuge, non vi è luogo all' applicazion dell' articolo. È lo stesso ove il conjuge che avea figli sia divenuto più povero, ma senza che ne risultasse vantaggio per l'altro conjuge. Tostochè però concorrono le due circostanze, di pregiudizio per l'uno e profitto per l'altro, la disposizione dell' articolo ha luogo; osservando tuttavia che non bisogna prendere la voce *pregiudizio* nel senso de' Romani, solamente per la diminuzione del patrimonio attuale (l. 5. §. 13, 14, 16. ff. *de do-*

nat. inter vir. et uxor.); ma che bisogna intenderla per qualunque mancanza di guadagno, ed in conseguenza per qualunque atto col quale il conjuge che ha figli poteva aumentare il suo patrimonio e non l'ha fatto per vantaggiare l'altro conjoge; *puta*, se ha rinunziato un legato che gli era fatto in una successione di cui la sua moglie era erede; se ha rinunzialo una successione che gli era deferita per testamento e nella quale sua moglie eragli sostituita, ed altri simili casi. Noi abbiam dimostrato al Titolo *delle successioni* che da questi atti risultavano dei vantaggi soggetti a collazione fra coeredi, tantoppiù son dunque suscettibili dell'applicazione dell' art. 1098 la di cui disposizione debb'essere intesa in un modo anche assai più ristretto.

Quid, se il vantaggio risultasse unicamente dall' ommissione di una clausola nel contratto di matrimonio? Se trattasi di una clausola di uso la quale tenda a stabilire l'uguaglianza, e che l'ammissione abbia recato profitto al secondo conjuge, io stimo ch'essa debb'essere riguardata come un vantaggio; per es. gli sposi maritati sotto la regola della comunione vi han posto quote ineguali, ovvero non banno stipulato che fosse *proprio* il mobiliare che loro verrebbe durante il matrimonio; la quota del conjuge che ha figli di un primo letto è stata più considerevole, ovvero gli sono scadute delle successioni di beni mobili di maggior valore; o in fine non hanno essi stipulata la separazione de'debiti, e si trova che quelli del conjuge senza figli son più considerevoli di quelli dell'altro. Tutto ciò non debb'egli forse riguardarsi come tanti vantaggi? Pothier, n. 553, decideva la negativa riguardo al mobiliare scaduto durante il matrimonio. Io credo che questa decisione avrebbe incontrato ostacolo anche nell'antico dritto (Ricard, par. 3, n. 1201 e seg.); e penso che non debba a più ragione esser ammessa nel dritto attuale che restringe maggiormente i vantaggi fatti dal conjuge rimaritato. D'altronde, l'art. 1496 † T dice formalmente che se la confusione del mobiliare e de'debiti opera in favore dell'un dei conjugi un vantaggio superiore a quello autorizzato dall' art. 1098, i figli del primo letto dell'altro conjnge hanno l'azione per la riduzione. L'articolo dice in generale, *la confusione del mobiliare*, senza distinguere d'onde proviene. Bisogna dunque aver per fermo che la mancanza di clausola di realizzazione sarebbe riguardata come un vantaggio, o il mobiliare provenga da ciò che il conjuge ha posto nella comunione, o gli sia scaduto durante il matrimonio, e che sarebbe lo stesso della mancanza di clausola di separazione de'debiti.

Ma osservate che, secondo l'articolo 1496, bisogna che dall'omissione di queste clausole sia risultato un vantaggio in favore del conjuge che non ha figli in pregiudizio dell'altro conjnge. Quindi non vi sarà luogo all'applicazione dell'art. 1098 per mancanza di clausola di stipulazione *di proprietà*, se non quando il mobiliare caduto nella comunione per parte del conjuge che ha figli, eccede quello che vi è caduto per parte dell'altro conjuge; ed in questo caso il vantaggio è riguardato essere la metà di questo eccedente. Es: Due persone si maritano sotto la comunione legale. L'una ha figli da un primo letto, e possiede nell'atto del matrimonio un mobiliare del valore di 20000 franchi: durante il matrimonio viene a scaderle altrettanto per successioni mobiliari. L'altra nel maritarsi possiede un mobiliare di 5000 franchi, e le scadono delle successioni mobiliari per

la somma di 15000 franchi: è chiaro che il primo conjuge ha messo nella comunione 20000 franchi più del secondo; ma siccome ha egli stesso la metà della comunione, e per conseguenza dell' eccedente, ne risulta che il vantaggio in favore del secondo non è realmente che di 10000 franchi. Pertanto se fosse la moglie la quale ha figli di un primo letto che avesse portato i 40000 franchi nella comunione, e che ad essa rinunziasse, il vantaggio sarebbe allora della totalità dell'eccedente ossia di 20000 franchi.

Del pari, se il conjuge che non abbia figli ha 20000 franchi di debiti mobiliari, che l' altro non ne abbia che 10000, e che entrambi abbiano posto eguali parti nella comunione; siccome i 30000 franchi di debiti andranno a carico della comunione, ne seguirà ch'essa pagherà 10000 franchi dippiù pel primo che pel secondo. Ma siccome la parte del primo nella comunione trovasi diminuita di 5000 franchi per effetto di tal pagamento, ne risulta che il vantaggio realmente non è che di 5000 franchi. Bisogna peraltro eccettuare, come nell' esempio precedente, il caso in cui il marito avendo figli di un primo letto, la moglie avesse i 20000 franchi di debiti ed in cui essa rinunziasse alla comunione. Siccome allora i 10000 franchi di soprappiù caderebbero a carico del solo marito, il vantaggio sarebbe di tutti questi 10000 franchi.

Quid, se il conjuge che ha meno portato trovasi aver un'industria che procura tutti gli anni alla comunione beneficii considerevoli, potrà stabilirsi il compenso? La quistione può offrire qualche difficoltà. Non pertanto io credo che possa risolversi col soccorso de' principii relativi alla materia. In primo luogo, perchè vi sia compenso è d'uopo che le due cose sieno della stessa natura e suscettibili de' medesimi dritti. Ora nel caso nostro, cos' è la parte messa in comunione sia in contanti sia in altri effetti? È una vera proprietà che si acquista dalla comunione, e per conseguenza almeno per metà dall' altro conjuge. Da un altro lato, cosa mai è un' industria? È a dir vero anche una proprietà, ma che rimane a chi la possiede, e di cui il solo godimento è dato alla comunione. Ora noi vediamo che qualunque sia la disparità delle rendite di ciascuno de' due conjugi, non v'è luogo ad applicare i principii di riduzione relativi alle seconde nozze (art. 1525 † T); principii i quali si applicherebbero certamente al caso in cui le quote poste nella comunione in proprietà fossero diseguali. Dunque è certo che in materia di comunione una proprietà ed un godimento in essa apportati non sono della stessa natura nè suscettibili de'medesimi dritti. Non può dunque esservi fra essi compenso.

Quid, se viene stipulato nel contratto di matrimonio di due sposi di cui l' uno abbia figli, che il superstite avrà una data somma per ogni dritto di comunione? Questa clausola avrà il suo effetto contro del conjuge che non ha figli, ma non in suo favore; vale a dire che se per effetto della liquidazione, la parte del conjuge che non ha figli si trova esser maggiore della somma stipulata, non potrà egli reclamare che questa somma; ma se per l' opposto la sua parte è inferiore, lo eccedente sarà imputato sul disponibile. Il motivo di questa decisione è che il beneficio dell' art. 1098 non può essere invocato che dai figli del primo letto e non già dal secondo conjuge, il quale non è ammissibile ad opporsi alle con enzioni da lui stesso consentite. Dunque allorchè

quel patto presenterà un vantaggio ai figli del primo letto, essi non reclameranno; e siccome l' altro conjuge non può reclamare egli stesso, la clausola del contratto di matrimonio sarà eseguita. Se al contrario il cennato patto è pregiudizievole ai figli del primo letto, essi chiederanno l' imputazione del vantaggio che ne risulterà in favore del primo conjuge sulla porzione disponibile stabilita dall' art. 1098, e ciò a norma delle disposizioni dell' art. 1527 † T, il quale statuisce, *che nel caso in cui vi fossero figli di un precedente matrimonio, qualunque convenzione* (senza distinzione) *che ne' suoi effetti tendesse a dare al conjuge che non ha figli una porzione maggiore di quella stabilita nell' art. 1098, sarà senza effetto per tutto ciò che eccede questa porzione.*

Bisogna però osservare che se l' ammontare della somma pattuita non eccede ciò che la moglie la quale non avea figli portò nella comunione, la clausola debb' esser eseguita in tutti i casi. È chiaro che allora la moglie non è vantaggiata in pregiudizio dell' altro conjuge; poichè non ritira se non ciò che ha portato.

Le stesse decisioni si applicano al caso in cui furono assegnate parti ineguali nella comunione, come nel caso di comunione a titolo universale, tutte le volte che ne risulta un vantaggio in favore del secondo conjuge ed in pregiudizio dell' altro.

Quid, della clausola portante che la comunione intiera apparterrà al superstite nel caso in cui morisse prima il conjuge che ha figli? Io osservo primieramente che bisogna supporre che siasi aggiunta a questa clausola quella della ripresa di ciò che si è posto e de' capitali caduti nella comunione dalla parte del predefunto. Altrimenti non vi sarebbe più luogo a quistione, poichè la clausola verrebbe considerata come un vantaggio anche a riguardo di altri che i figli del primo letto (art. 1525 † T.)

Ciò posto si potrebbe dire in favore del secondo conjuge che questa è una clausola puramente aleatoria, e che ai termini dell' articolo sopraccitato ,, non è riputata una liberalità soggetta alle regole delle ,, donazioni, *tanto riguardo alla sostanza*, che rapporto alla forma; ,, ma semplicemente come una convenzione nuziale e tra socii ,,; che d' altronde la disposizione finale dell' art. 1527 decida formalmente che,, ,, i semplici guadagni risultanti dai lavori comuni, o dai risparmii ,, sulle rendite rispettive, quantunque ineguali fra i due conjugi, non ,, sono considerati come un vantaggio fatto in pregiudizio dei figli del ,, primo letto ,,. Or la comunione, dedotto le quote messevi ed i capitali che vi sono caduti dalla parte dei conjugi, non è più composta che dei semplici guadagni risultanti dai lavori comuni e dalla economie ec. Dunque sembrerebbe che la clausola che abbandona questa comunione intera al superstite non debb' esser considerata come un vantaggio nemmeno nel caso della morte del conjuge che avea figli di un primo letto.

Non ostante queste ragioni, io penso che una simile convenzione dee in caso che sopravviva il conjuge che non avea figli esser riguardata come un vantaggio imputabile sopra il disponibile stabilito dalla art. 1098 † 1052. In prima egli è certo che il conjuge superstite profitta della parte che la successione del conjuge predefunto avrebbe avuta nella comunione; egli diventa dunque più ricco a spese dell' altro

conjuge; il che basta per rendere applicabile l'art. 1098. Quanto all'argomento tratto dall'art. 1525, io rispondo importar poco che questa clausola sia considerata nei casi ordinarii come una semplice convenzione e non come una donazione, poichè l'articolo 1527 dice formalmente che *ogni convenzione . . . è senza effetto* ec.

Quanto alla disposizione finale dello stesso articolo 1527 bisogna, per intenderne lo spirito, riportarsi alla quistione che era sorta anticamente. Eccola:

Un uomo avendo 30000 franchi di rendita sposa una donna che ne ha soltanto 5000. Egli è certo che in tutti gli anni il marito mette nella comunione 25000 franchi più della moglie. Da ciò poteva risultare a capo di un certo tempo una comunione molto vantaggiosa, di cui la metà apparteneva alla moglie. Si domandava se nel caso che il marito avesse avuto figli del primo letto si dovea considerare questo vantaggio come soggetto a riduzione; e gli autori i più distinti, come Ricard, Pothier ed altri, stavano dalla negativa. Essi ragionavano dietro la supposizione che l'opulenza della comunione potesse provenire in parte anche dall'opera dell'altro conjuge, come pure dall'ordine e dall'economia ch'egli avesse introdotto nell'amministrazione. Siffatta decisione è evidentemente quella che l'art. 1527 ebbe la mira di conservare; e ne fanno pruova le parole *benchè ineguali*, che si trovano nell'articolo. Si vede bene in effetti, che l'ineguaglianza delle rendite potrà dar luogo alla quistione, quando la comunione venga a dividersi. Ma non si comprende come il fatto dell'eguaglianza o dell'ineguaglianza delle rendite potrebbe influire nella decisione, quando la comunione intera fosse abbandonata ad uno de' conjugi; poichè in tutt'i casi vi è vantaggio: solamente quando vi è ineguaglianza, il vantaggio è maggiore dalla parte di quegli le di cui rendite sono più considerevoli. Io penso dunque che la clausola per la quale la comunione intera è abbandonata al superstite, anche col patto di riprendere ciò che vi si è portato, è suscettibile dell'applicazione dell'art. 1098 quando col fatto essa è profittevole al conjuge che non avea figli nel tempo del matrimonio. In questo senso fu giudicato dalla Corte di cassazione il 24 maggio 1808 (Sirey, 1808, 1, par. p. 328).

Quid, se il conjuge con figli contrae più matrimonii ulteriori? Ei non può donare a tutti i suoi conjugi successivi che una quota di figlio; indi segue che se una volta ha disposto irrevocabilmente di tal quota in favore di uno di essi, non può disporre più di altro in favore di quelli che sposa in appresso.

Da chi può essere domandata la riduzione, ed a chi essa giova? Anticamente si credeva in generale, circa la prima quistione, che la riduzione non poteva esser domandata che dai figli del primo letto; ma quanto alla seconda eravi diversità di dottrina. Nei paesi di costumanza si era adottata la disposizione della legge 9 Cod. *de secund. nuptiis*, la quale faceva parteeipare tutti i figli negli oggetti diminuiti, senza eccettuar neppur quelli nati da matrimonii posteriori. Nei paesi di dritto scritto al contrario seguivasi la Nov. 22. cap. 27. che avea abrogata su questo punto la legge 9.; e soltanto i figli del primo letto profittavano della diminuzione.

L'art. 1098 non si è spiegato intorno a queste diverse quistioni, limitandosi a dire, che il conjuge che *avendo figli di altro matrimo-*

nio ne contrarrà un secondo, non potrà ec.; il che sembrerebbe indurre una proibizione assoluta. Io dubito nondimeno che si abbia avuta l'intenzione di concedere ai figli del secondo matrimonio, anche in caso di non esistenza di figli del primo letto, il dritto d'impugnare una donazione senza la quale si può presumere che il matrimonio da cui ebbero origine non sarebbe stato contratto, e domandare una riduzione, la quale non è stata in alcun modo stabilita nel loro interesse. Io son quindi di parere ch'essi non sarebbero ammessibili, salvo il dritto risultante in lor favore dall'art. 1094 † T. Ma presentemente debbono essi profittare della riduzione quando è domandata dai figli del primo letto?

Io credo che sì; in primo luogo perchè dietro lo spirito generale del Codice, quando il dritto scritto ed il consuetudinario si sono trovati in opposizione, il dritto consuetudinario è stato seguito in preferenza. (V. gli art. 747 † 670, 1393 † 1347, 1576 † 1389).

In secondo luogo perchè, se la contravvenzione fatta dal conjuge alla proibizione della legge non dee pregiudicare ai figli del primo letto, non si scorge nemmeno perchè loro giovar dovrebbe. Ora, se il conjuge non avesse contravvenuto, s'egli avesse donato soltanto ciò che potea donare, il soprappiù si ritroverebbe nella di lui successione, e tutti i suoi figli ne parteciperebbero.

3. Finalmente se non si ammettesse questa opinione si somministrerebbe al conjuge un mezzo indiretto di vantaggiare i figli del primo letto in pregiudizio di quei del secondo. Basterebbe ch'ei donasse al suo conjuge molto più di una quota di figlio, per privare così i figli del secondo letto di qualunque parte nell'eccedente; giacchè se si decidesse che non possono eglino partecipare degli oggetti diminuiti, bisognerebbe decidere parimenti che i figli del primo letto non sarebbero obbligati a mettere in collazione gli oggetti provegnenti dalla diminuzione.

Nè osta che se non vi sono figli del primo matrimonio, quelli del secondo non avranno dritto d'impugnare la donazione. Noi abbiamo nelle leggi romane degli esempii i quali provano che la stessa persona in favor della quale non si darebbe azione, può nondimeno profittare del beneficio della detta azione, quando una volta è aperta. Così la legge 3. §. 11, ff. *de bonor. possess. contra tabul.* dice che il figlio istituito erede non può domandare il possesso de' beni *contra tabulas* atteso che può domandarlo *secundum tabulas*, il che non ha l'inconveniente di annullare il testamento del defunto. Ma nel medesimo tempo essa decide, che se un altro figlio non istituito è in grado di domandare il possesso de' beni *contra tabulas*, il primo potrà anche domandarlo: il che può essergli di vantaggio, mentre s'egli non ha che un fratello, ed il testamento sia rescisso, la successione è allora ad entrambi deferita *ab intestato*. Essi ne avranno in conseguenza la metà per ciascuno, laddove egli non era forse istituito col testamento che per una parte molto minore.

Quid, se i figli del primo letto non agiscono; per es. se han fatto abbandono della loro azione? Si credeva che ciò non potesse pregiudicare ai figli del secondo letto. Ne risulterebbero in effetti non pochi abusi; sarebbe possibile che si ottenesse quell'abbandono per mezzo di convenzioni secrete fatte tra il conjuge ed i figli del primo letto,

le quali altro scopo non avrebbero che di frodare i figli del secondo. In una parola l' azione non può aprirsi in favore de' figli del secondo letto; ma quando essa è aperta, possono questi intentarla come i figli del primo. Tale decisione è fondata sulla legge 10 §. 6. *cod.*, la quale decide che quando vi ha luogo a domandarsi da un figlio il possesso de' beni *contra tabulas*, quelli che ne profitterebbero ma che non potrebbero domandarlo in lor nome, possono domandarlo per parte del altro figlio in favore del quale l' azione è aperta, quantunque costui non la domandi. *Hi qui, propter alios, contra tabulas bonorum possessionem petunt, non expectant ut praeteriti bonorum possessionem accipiant; verum ipsi quoque bonorum possessionem petere contra tabulas possunt. Cum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, nec ne, bonorum possessionem.* Ma in questo caso i figli del secondo letto non l' intenteranno che per le loro parti.

È lo stesso se i figli del primo letto hanno approvato la donazione. Ciò equivale ad un abbandono dell' azione. È pure da osservarsi che questa approvazione non potrebbe essere opposta, nemmeno ai figli del primo letto quando fossero soli, se fosse stata fatta vivente il donatore. Ciò verrebbe riguardato come un patto su di una successione futura, e come un consenso estorto dal timore, *ne pejus faciat.*

È necessario che i figli i quali domandano la riduzione sieno eredi del donante?

Anticamente l' opinione generale era per la negativa. Ricard, lo stesso giudizioso Ricard aveva adottato questo avviso, (par. 3. n.° 1501, e seg.), quantunque avesse egli altrove perentoriamente provato che il legittimario non può domandare la reduzione delle donazioni tra vivi se non quando si è dichiarato erede del donante, almeno col benefizio dell' inventario. Come mai questo autore non ha col buon senso che tanto il distingue avvertito che le istesse ragioni esistevano riguardo alle riduzioni delle donazioni fatte al secondo conjuge?

,, I figli, dicono Ricard e gli altri autori del suo parere, non ,, hanno il loro dritto dalla legge delle successioni, ma dall' editto delle ,, seconde nozze ,,. (Pothier, *del Contratto di matrimonio*, n.° 568). Non è nemmeno dalla legge delle successioni, ma da una legge particolare che i figli desumevano il dritto di far ridurre le donazioni tra vivi. (V. il tit. del *Cod. de inoffic. donat.*). D' altronde questa ragione non ha più applicazione nel dritto attuale che non è in certa guisa composto se non di una sola legge.

,, Ciò che fu donato al conjuge, essi aggiungono, non fa parte ,, dei beni del donante, e non si trova più nella di lui successione nel ,, momento della sua morte. ,, Ma primieramente è ben possibile, ed è anzi frequentissimo caso, che la donazione sia di beni futuri; allora i beni donati si ritrovano nella successione. E d' altronde ciò che fu donato tra vivi ad un estraneo vi si trova forse di vantaggio?

Del rimanente, senza ripetere qui tutti i raziocinii già da noi adoperati a dimostrare che il legittimario debb' essere erede per domandar la riduzione delle donazioni tra vivi, ci contenteremo di riprodurre il seguente.

Una moglie con figli ha donato al secondo marito 20000 franchi. Essa muore lasciando un unico figlio del primo letto: la sua successione

sembra in cattivo stato; il figlio vi rinunzia. Un collaterale più ardito l'accetta; il figlio forma la sua domanda di riduzione contra al marito, ed atteso che nulla resta nella successione, fa ridurre la donazione a 5000 franchi. Un accidente inaspettato porta alla successione 60000 franchi: il collaterale, come erede, se ne impadronisce. Il marito domanda che il figlio sia tenuto a restituire i 15000 franchi, giacchè per l'evento sopravvenuto trovandosi i beni portati ad 80000 franchi, la donazione non eccedeva il quarto. In vano il figlio vorrà opporre ch'egli non profitta de' 60000 franchi novellamente ottenuti. Il marito gli risponderà con vantaggio, che se non ne profitta è sua colpa, poichè ha rinunziato alla successione, ma che egli, il marito, non debb'esserne vittima. Certamente la domanda di costui sarà ammessa; e questo esempio pruova chiaramente, come lo ha già provato riguardo alla riserva, che bisogna essere erede per domandare la riduzione ordinata dall' art. 1098.

D' altronde osserviamo che la maggior parte delle disposizioni adottate anche nell' antico dritto, e specialmente quella che ammettera i figli del secondo letto alla divisione de' beni diminuiti, erano fondate sulla considerazione che se il conjuge non avesse contravvenuto alla legge, nè donato che quanto poteva donare, il soprappiù sarebbe rimasto nella sua successione. Ora con qual titolo in questo caso i figli avrebbero essi potuto raccogliere questo soprappiù se non a titolo di eredi?

Finalmente Ricard istesso sembra contradirsi allorchè esaminando al num. 1265 e seguenti, se, in caso che delle figlie in forza de' loro contratti matrimoniali sieno state escluse dalla successione del padre e della madre loro anche senza aver nulla ricevuto, siccome era permesso in alcune costumanze, la donazione fatta al secondo marito dovesse essere ridotta a norma della parte di queste figlie, vale a dire a nulla se nulla fosse stato loro donato, decide che per determinare l'ammontar della donazione l'editto non ha considerato che i figli i quali vengono alla successione; che le donazioni fatte al secondo conjuge non interessano che questi figli, e non già le figlie escluse dalla costumanza o dal lor contratto di nozze. Or qual differenza può esservi quanto all' effetto tra una rinunzia fatta per contratto di matrimonio e quella fatta dopo la morte? E se la figlia del primo letto la quale ha rinunziato ne' capitoli matrimoniali non può impugnare la donazione fatta al secondo conjuge, come mai si può attribuire maggior ditto a colui che ha rinunziato dopo l' apertura della successione?

Si vegga inoltre il num. 1306, ove lo stesso autore sembra essersi applicato a dar le ragioni le più valide in favore dell' opinione ch' ora abbiamo stabilita.

Finalmente nel num. 1307 volendo provare di nuovo che le figlie escluse dalla successione in virtù de' loro contratti nuziali non possono impugnare le donazioni, ne dà per motivo che, *cessando anche la donazione fatta al secondo conjuge, esse nè tampoco ne avrebbero profittato.* Ora io domando, questo motivo non si applica egualmente ai figli che hanno rinunziato alla successione del donante dopo la di lui morte?

Osservate infine che gli stessi autori i quali pretendevano che si potesse domandare la riduzione senza essere erede, convenivano ch'essa

non potea domandarsi da chi era escluso dalla successione per causa d' indegnità.

Del resto è d' uopo applicar qui la disposizione dell' art. 921 † 838 portante che i creditori del defunto non possono domandar la riduzione nè profittarne. Basterà dunque che il figlio accetti la successione col beneficio dell'inventario. Ma pure in tal caso la quistione è importante, poichè il figlio benchè erede beneficiato non è meno tenuto alla collazione verso i suoi coeredi.

L' articolo dice che la donazione fatta al secondo conjuge non può eccedere una parte eguale alla minore che sia per pervenire ad uno dei figli legittimi. Se dunque il donante ha vantaggiato uno de' suoi figli, diminuisce per ciò di altrettanto la donazione fatta al suo conjuge. Questa misura ebbe per motivo principale d' impedire i vantaggi che potrebbero esser fatti ai figli del secondo letto. Si è creduto che il timore di pregiudicare al suo conjuge lo determinerebbe a mantenere l' eguaglianza fra i suoi figli. Ma nondimeno, siccome la disposizione è generale, si applicherebbe anche al caso in cui fosse stato fatto il vantaggio ad un figlio del primo letto. Sarebbe sempre la parte del figlio che ne ha minore, ancorchè fosse del primo letto, quella che darebbe la norma di ciò che il conjuge donatario potrebbe ritenere. Così fu giudicato da un arresto del 18 giugno 1614 riportato da Rousseau *de la* Combe, *verbo* noces, parte 1, sez. 5, n. 5.

Se uno de' figli non vantaggiati e che ha meno della sua legittima, dichiara contentarsi di ciò e non domandare il supplemento, si dovrà determinare la quantità della riduzione dietro ciò ch' egli ha o dietro ciò che avrebbe avuto dritto di reclamare? È mio parere che l' ammontare della riserva legale debba determinar ciò che il conjuge donatario ha dritto di ritenere. Altrimenti sarebbe dar luogo alla frode. Il figlio non vantaggiato s' intenderebbe con i suoi fratelli per diminuire la parte del conjuge. Tal è pure il sentimento di Ricard, par. 3, num. 1264.

Quid, se vi sono figli e figli de' figli, o solamente questi, la riduzione sarà calcolata sulla parte di uno de' primi o su quella di uno de' secondi? Debb' essere sulla parte del figlio o della stirpe cui ne pervenga la minore, e ciò quand' anche tutti i nipoti fossero nati da un figlio unico predefunto, i quali verrebbero in conseguenza in proprio nome. (V. la nota 50 pag. 50).

Come dee adoperarsi per saper se vi è luogo alla riduzione? E come questa dee eseguirsi?

Per giudicare se v' è luogo alla riduzione, bisogna liquidare la successione del donante, far l' apprezzo di tutti i beni che la compongono, come di quelli donati al conjuge, e determinare la parte del figlio che ne prende la minore. Se questa parte non eccede il quarto de' beni liberi, essa determina l' ammontare di ciò che dee rimanere al conjuge; se no, la donazione è ridotta a questo quarto. Si segue d'altronde lo stesso andamento che per la riduzione ad oggetto di completar la riserva. In conseguenza si stimano i beni esistenti secondo il loro valore all' epoca dell' apertura della successione. Se dunque secondo questo valore vi fosse luogo a ridurre la donazione il conjuge non potrebbe negarvisi sotto pretesto che questo valore sia aumentato dopo la apertura; e reciprocamente, se dietro il valore calcolato in detta epoca non vi fosse luogo a riduzione, la donazione non potrebbe esser ridotta, qualunque sia la diminuzione che i beni abbian potuto soffrir di poi.

I beni immobili donati al conjuge debbono esser valutati nella stessa maniera, giusta il lor valore all' apertura della successione, dedotte le migliorie fatte dal donatario se i beni furono donati tra vivi, non che le spese necessarie da lui erogate per la conservazione della cosa. Quanto alle spese di manutenzione, il donatario nulla può ripetere; esse sono un peso de' frutti ch'egli non è obbligato di restituire. Reciprocamente, egli è responsabile delle degradazioni provegnenti dal proprio fatto.

Le stesse operazioni hanno luogo allorchè l'immobile donato venne alienato prima della apertura. Se però l'alienazione fu forzata, talchè il donante sarebbe stato egli stesso costretto a vendere, non si farebbe entrare nel conto che la somma ricevuta dal donatario come prezzo della vendita.

L'azione per la riduzione avrebbe luogo contra i terzi detentori? Si affermava anticamente, e sarebbe certamente lo stesso oggidì, ma a norma delle disposizioni dell'art. 930 † 847; vale a dire che i terzi non potrebbero essere attaccati se non dopo che fosse fatta l'escussione dei beni del donatario.

Quanto ai frutti, essi sono dovuti dal momento della morte. Da questo momento appunto i figli sono riputati investiti della porzione dedotta; salvo però nel dritto attuale la disposizione dell' art. 928 † 845; vale a dire che se la domanda di riduzione non è formata che dopo l'anno, i frutti non son dovuti che dal momento della domanda. Quanto alla quistione circa il tempo da cui i terzi detentori debbono i frutti, v. la nota 84 pag. 83.

In tutti i casi in cui v' è luogo alla riduzione di una quota degli oggetti donati si forma tra il conjuge donatario ed i figli un quasi-contratto di comunione che dà luogo ad una divisione nella quale si seguono le regole ordinarie per tal sorta di atti. V. la stessa nota 84 in fine.

Se la donazione è di effetti mobili è chiaro che i figli non hanno che un' azion personale contra il donatario e non ne hanno alcuna contro ai terzi.

Il donatario prende egli parte nei beni risultanti dalla riduzione? Ricard e Pothier sono per la negativa, fondati sulla legge 6 Cod. *de sec. nuptiis*, e sulla Novella 22 cap. 27. Ma la legge 6 non decide formalmente la quistione. La Novella dice in verità che ciò chè vien tolto al conjuge *filiis competit et inter eos solos ex aequo dividitur*; ma si può dire con fondamento che questa parola *solos* è messa qui per opposizione ai figli del secondo letto i quali, giusta la Novella, non dovevano partecipare ai beni tolti. D' altronde il dritto romano non avendo ora più forza di legge bisogna ricorrere all'art. 1098 † 1052, il quale dice semplicemente che il conjuge dee ricevere quanto il figlio cui perviene la minor parte, nè più nè meno. Ora è chiaro che avrebbe meno nel sistema di Ricard, poichè non conseguirebbe la parte che i figli prendono negli oggetti diminuiti. Es: una moglie ha donato al suo secondo marito 14000 fr. Ella ne lascia 72000 di beni e quattro figli. Facendo astrazione dalla donazione fatta al marito, ciascun figlio non avrebbe che 18000 franchi; bisognerebbe dunque dalla donazione togliere 6000, che divisi fra i quattro figli darebbero 1500 franchi per ciascuno ch'essi avrebbero in dippiù del marito: il che non debb' essere.

Nota. L'uso antico attestato dall' annotatore di RICARD era contrario all' opinione di questo autore, e si uniformava per conseguenza a quella da noi emessa. (*Delle donaz.*, par. 3, n. 1318 e seg.)

La parte che i figli prendono negli oggetti risultanti dalla riduzione debb' essere imputata sulla riserva?

Gli stessi autori testè citati sostenevano la negativa, atteso che, diceva essi, questa parte non si prende *jure haereditario*, ed i figli la tengono dal beneficio della legge e non dalla volontà del defunto il quale ha voluto al contrario donare ad un altro in loro pregiudizio. Ma è chiaro che queste ragioni non sono affatto concludenti. In prima, noi abbiamo stabilito precedentemente che bisognava esser erede per esercitar l'azione di riduzione. I figli prendono dunque la loro parte negli oggetti da essa derivati *jure haereditario*. Ora è massima che quanto si prende *jure haereditario* s'imputa sulla legittima. Riguardo poi alla seconda ragione, essa è anche meno fondata. Allorchè il legittimario dopo aver esaurito tutt' i legati si volge contro ai donatarii tra vivi, non dee forse imputare sulla sua riserva le somme provegnenti dalla riduzione dei legati? Or certamente egli non ha queste somme dalla volontà del defunto il quale per l'opposto ha voluto donarle ad altri. Dunque, ec.

La disposizione per la quale la donazione fatta al conjuge non può eccedere la parte del figlio che n' ha la minore, ha bisogno di spiega in quanto al caso in cui vi abbiano altre disposizioni a titolo gratuito. In effetti può egli il donante con posteriori disposizioni ledere il dritto acquistato dal conjuge donatario in virtù della donazione? Es:

Un conjuge che tiene figli ha donato tra vivi 2000 franchi all'altro conjuge col contratto di matrimonio. Esso lascia una successione di 80000 franchi, e tre figli l' un de' quali è istituito suo legatario universale. Come si farà per sapere se vi ha luogo a ridurre la donazione fatta al conjuge? Egli è certo 1. che tutte le donazioni, quella compresa che sia stata fatta al consorte, non possono eccedere la quantità stabilita dall' articolo 913 † 839; 2. che se non vi fosse legato universale, la donazione fatta al conjuge non sarebbe riducibile, poichè non eccede il quarto dei beni nè una quota di figlio. Ora il donante ha potuto fare una disposizione il di cui effetto sia di annichilare o modificare la donazione irrevocabile che ha fatta al suo conjuge? Io non lo credo; e stimo che per istabilire su questo punto assai delicato principii certi e generali, bisogna distinguere quattro casi:

1. Se la donazione fatta ad altri che al conjuge è anteriore ed irrevocabile, è chiaro che debb' essere eseguita in preferenza di quella del conjuge; e che perciò se con questa prima donazione ha il donante esaurita la quota disponibile determinata dall' art. 913, egli non può più donar nulla al suo secondo conjuge. Se non l'ha esaurita, egli non può donare che quel che resta, ed anche purchè ciò non ecceda nè il quarto de' beni nè una porzione eguale alla minore che tocca ad uno de' figli legittimi.

2. È lo stesso ove la donazione fatta al conjuge, quantunque anteriore, sia nondimeno rivocabile, per es.; se fatta durante il matrimonio. In questo caso si presume rivocata sol perchè il donante ha fatto una seconda donazione irrevocabile la quale dee necessariamente annientare o diminuire l' effetto della prima.

3. Se la donazione fatta al conjuge è anteriore ed irrevocabile, debb' esser preferita alla donazione posteriore. Ma bisogna fare ancora a tal proposito una osservazione relativa alla differenza che può tro-

varsi tra il disponibile in favor dell' estraneo, ed il disponibile in favor del conjuge. Se questi due disponibili sono eguali (il che ha luogo nel caso unico quando il donante ha tre figli) e che la donazione fatta al conjuge eguaglia o eccede il disponibile, la donazione susseguente è del tutto annullata: se no, essa è ridotta alla differenza.

Se il disponibile in favore del conjuge è minore del disponibile in favore dell' estraneo, lo che ha luogo sempre che il donante ha meno o più di tre figli, la donazione fatta ad altri che il conjuge, viene ancora ridotta alla differenza.

È inutile prevedere il caso in cui il disponibile in favore del conjuge fosse più considerevole di quello in favor dell' estraneo, poichè questo caso non può esistere, il *minimum* del secondo essendo uguale al *maximum* del primo.

4. Finalmente quando le due donazioni sono revocabili, per es. se fatte entrambe per testamento; allora debbono ridursi proporzionatamente, in modo però che la donazione fatta al conjuge non ecceda nè il quarto de' beni nè il quarto del figlio che prende meno di ogni altro, (V. del resto maggiori particolarità su tali quistioni nella nota 54 in fine pag. 52) (*a*).

(*a*) *Ad avvalorare quel che dice il nostro Autore, ed a meglio stabilire coll' autorità della cosa giudicata la risoluzione del cumulo di due donazioni successive fatte una al conjuge l' altra ad uno dei figli è bene far qui menzione della decisione emessa dalla corte di Tolosa il dì* 13 *agosto* 1812 *nella specie seguente.*

La vedova Caze madre di due figli nati dal suo primo matrimonio sposò in seconde nozze il sig. Hocquart al quale donò nel contratto di matrimonio stipulato sotto l' impero della legge del 17 *nevoso an.* 11, *l' usufrutto della metà di tutti i suoi beni. Essa ebbe un terzo figlio da questo secondo matrimonio, e morì lasciando un testamento olografo del* 20 *febbrajo* 1809, *col quale donò per anteparte a questo terzo figlio il quarto de' suoi beni in proprietà. La corte suddetta dichiarò senz' effetto il legato fatto a costui, atteso che la donazione fatta al secondo marito avea esaurita la porzione disponibile, e fu confermata dalla Cassazione coll' arresto del* 21 *luglio* 1813 (Sirey *tom. XIII. pag.* 441, *e seg.*) *per i seguenti motivi:*
" *Considerando che l' art.* 913 *non autorizza cumulare le donazioni fatte prima della sua pubblicazione colla porzione che dichiara disponibile; Che non vi è alcuna distinzione a farsi tra le donazioni della moglie al suo primo, o al secondo marito, e quelle che avesse fatte ad estranei; che tutte le donazioni debbono egualmente essere imputate sulla porzione disponibile; donde segue che la Corte di Tolosa ha fatta una giusta applicazione di questo articolo, dichiarando nullo il legato d' un quarto della successione fatto dalla Signora Hocquart alla sua figlia del secondo letto, poichè la testatrice avendo tre figli, e maritata in seconde nozze, non potea su l'uno o l'altro rapporto disporre che d' un quarto della sua successione, e che questo quarto si trovava assorbito colla sua donazione anti-nuziale dell' usufrutto della metà de' beni che lascerebbe alla sua morte.*

Considerando finalmente che valutando nella sua savіezza, e per induzione tratta sia dalla legge del 22 *ventoso anno* 11, *sia da di-*

Avviene sovente che il conjuge il quale ha figli in luogo di donare al secondo consorte una somma di danaro o un oggetto determinato, gli dona in generale una quota di figlio. Questa donazione che non può eccedere il quarto de' beni qualunque sia il numero de' figli, essendo una vera donazione di beni futuri poichè è subordinata alla quantità de' beni ed al numero de' figli che il donante lascerà nella sua morte, è soggetta alle regole stabilite per queste donazioni tra conjugi; in conseguenza essa è caduca se premuore il donatario, ancorchè abbia prole. (art. 1093 † 1048).

Se il donante muore senza figli, come sarà valutata la quota di figlio che ricade al conjuge? Anticamente si pensava, dietro la legge 194 §. 1 ff. *de verbor. signific.*, che il donatario dovesse ricevere una metà della successione, attesochè, si diceva, la metà è la più gran

versi articoli del Codice, la donazione dell' usufrutto della metà dei beni ad un quarto de' beni suddetti, la mentovata Corte non ha violata alcuna legge; — rigetta ec.,,

Il signor Toullier nel rapportar questa decisione fa avvertire lo sbaglio del Sirey nel sommario dell' articolo in cui queste due decisioni son rapportate, nel quale stabilisce per principio come una conseguenza che ne derivi che la quota disponibile a vantaggio del conjuge a termini dell' art. 1094 non può nè in totalità nè in parte esser donata ad un estraneo, nè anche ad un figlio, quando il conjuge ha ricevuto anteriormente . . . , la quota disponibile a termini dell' art. 913, ec.

Se si erigesse in principio, dice Toullier (*l. c. n.* 871), *questa falsa conseguenza, ne risulterebbe che il padre di tre figli dopo di aver donato tra vivi alla sua moglie l' usufrutto della metà de' suoi beni non potrebbe donare ad uno di essi la nuda proprietà del quarto, perchè l' usufrutto della metà equivalendo al quarto in proprietà, la moglie avrebbe ricevuta la quota disponibile a' termini dell' art.* 913, *la quale si troverebbe esaurita.*

Non è questo quel che decise la Corte di Tolosa, confermato dalla Corte di cassazione. Non era l' art. 1094 *di cui si trattava di far l' applicazione, ma l' art.* 1098, *che non permette di donare al secondo conjuge che una parte di figlio, senza poter eccedere il quarto dell' eredità. La quota disponibile in questo caso era la stessa che autorizza l' art.* 913. *Ora il marito avea ricevuto l' usufrutto della metà de' beni. La Corte di Tolosa giudicò che questa metà equivaleva al quarto de' beni in proprietà: ella ne concluse che la quota disponibile autorizzata dall' art.* 913 *essendo esaurita, la madre non avea potuto donare a sua figlia del secondo letto un quarto in proprietà. Quindi questa Corte supponeva con ragione che la riserva non potea esser gravata simultaneamente in tutta la loro estensione delle due liberalità autorizzate, l' una del quarto a vantaggio del marito dall' art.* 1098, *l' altra pure del quarto a vantaggio di uno de' figli dall' art.* 913.

Ma nel caso dell' art. 1094, *il primo conjuge può ricevere un quarto in piena proprietà, ed un altro quarto in usufrutto. Se dunque la moglie gli dona la metà in usufrutto soltanto, e la nuda proprietà d' un quarto ad uno de' figli, gli altri non hanno di che lagnarsi.*

Combinando siffatte disposizioni con quelle relative alla porzione disponibile ordinaria, si vede esser possibile che nei due ultimi casi un conjuge non abbia riguardo all' altro conjuge la stessa libertà ch' egli avrebbe riguardo ad un estraneo (432). Quindi ne deriverebbo un mezzo-

---

parte del tutto. Oggidì, secondo lo stesso ragionamento, bisognerebbe decidere ch' ei non possa ottenere che il quarto, *ex praesumpta voluntate donatoris*, il quale dando una quota di figlio, è presunto aver voluto donare la più gran parte che gli fosse possibile di dare se avesse figli alla sua morte, ma che non è riputato in ogni caso aver voluto donare che questa parte: diversamente, se la donazione fosse di tutto, quello di cui la legge gli permette disporre; giacchè allora, se non vi fossero figli, il conjuge avrebbe tutta la successione, salva, essendovi ascendenti, la nuda proprietà che loro è riservata per l' art. 1094 T. Non si può dire che in questo caso il donante abbia manifestata l'intenzione di donar solamente una parte. (V. RICARD, par. 3, n. 1281,) (*a*).

Il donatario di una quota di figlio può domandar la collazione degli oggetti donati ai figli che adiscono la successione, ad oggetto di stabilire in conseguenza la sua porzione? Si senza dubbio; poichè bisogna ch' egli abbia una quota di figlio, è indispensabile stabilire le quote di tutti i figli, e trattar lui fittiziamente come uno di loro.

(432) In effetto quegli il quale non ha che un figlio potrebbe donare ad un estraneo la metà de' suoi beni in proprietà, ovvero il terzo se ne avesse due. Ad ogni modo non può donare al suo conjuge che il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto; anzi se il figlio viene da un primo letto, il conjuge non può donare all' altro che il quarto in proprietà (*b*).

Il marito ed il figlio vantaggiati han ricevuto ciascuno meno di quel che potevano ricevere: ed i due doni cumulati non eccedono la quota disponibile autorizzata dall'art. 1094. *I figli non han dunque interesse ad impugnare l' una o l' altra donazione. Ciò sembra indubitato. Per renderlo ancor più evidente supponiamo che donando al suo marito l' usufrutto della metà de' suoi beni, e la nuda proprietà d'un quarto ad uno de' suoi figli, la donatrice avesse aggiunto che nel caso in cui gli altri figli volessero impugnare il dono della nuda proprietà del quarto fatto ad uno di essi, ella intende che questo dono si riunisca a quello fatto al marito, per completare quel che l' art.* 1094 *l' autorizza a donargli, chi potrebbe dire che una simile condizione sia nulla come contraria alle leggi?*

(*a*) *Non è che in favore de' figli ordinata la riduzione di queste donazioni. La precedente di loro morte impedirebbe ai collaterali il domandarla. V. Grenier tom. II, p.* 427, *e Toullier l. c., n.* 888.

(*b*) *Quid se un conjuge doni all' altro conjuge tutti i suoi beni mentre non ha figli e questi gli sopravvengono prima di morire? Gli autori delle Pandette Francesi dicono che allora tal disposizione diviene assolutamente ed interamente nulla: ma il Grenier l. c. n.* 450 *sostiene con valide ragioni ch' essa è soltanto riducibile.*

facile di eludere le disposizioni della legge, s' ella non avesse prese su questo particolare delle precauzioni speciali.

Ella proibisce in conseguenza ed annulla qualunque donazione fatta per mezzo d' interposte persone (433); e sono considerate di dritto (434) persone interposte, in primo luogo i figli e discendenti del conjuge donatario, nati da un precedente matrimonio (435); ed in secondo luogo, i parenti dei quali l' altro conjuge fosse erede presuntivo al tempo della donazione (436), ancorchè quest' ultimo col fatto non fosse stato suo erede (437).

1099
1053

1100
1054

---

(433) L' articolo dice : *ad interposta persona*; il che sembra non comprendere che il caso in cui il donatario diretto ed ostensibile è persona interposta, ad effetto di trasmettere all' incapace. Ma può accadere che la donazione sia fatta direttamente al secondo conjuge, ma che sia fatta per mezzo d' interposta persona, per es. se la moglie dona secretamente ad un terzo il quale dona quindi ostensibilmente al secondo marito. La donazione ostensibile non è fatta a persona interposta, poichè è fatta al marito istesso; ma è fatta per interposta persona; e sarà per conseguenza annullata se l' interposizione si provi.

(434) (V. qui sopra la nota 34 pag. 36).

(435) Quindi i figli comuni del secondo letto non sono compresi nella proibizione. Ed in fatti la loro qualità di figli è un titolo sufficiente per giustificare la donazione. Non è necessario supporre ch' essa sia stata fatta in vista dell' altro conjuge; e questa decisione debbe aver luogo ancorchè col fatto il secondo conjuge avesse profittato della donazione; per es. se fosse succeduto al figlio donatario predefunto. La Combe, *verbo* noces, par. 1., sez. 2., n. 2.)

(436) *Quid* di quelli di cui non era egli erede presuntivo nel momento della donazione, ma ai quali però ha succeduto, sia *ab intestato* sia per testamento ? Non vi sarà interposizione di dritto. Apparterrà al giudice decidere dietro le circostanze se vi abbia interposizione di fatto. Se per es. la donazione è stata fatta ad un avo paterno dell' incapace, l' interposizione sarà facilmente presunta (*a*). Non così ov' ella sia stata fatta ad uno zio dell' incapace, se nell' epoca della donazione il donatario teneva figli; ma se il donatario quantunque padre di figli ha in seguito fatta all' incapace una donazione di un valore presso a poco eguale a quella da lui ricevuta, l' interposizione potrà essere più facilmente presunta.

(437) L' articolo dice *ancorchè il conjuge non sia col fatto sopravvissuto*. Io non credo che ciò debba intendersi *restrictive*, ma sola-

(*a*) *Secondo la lettera dell'art.* 1100†1054 *gli avi del conjuge donatario di cui il padre o la madre fossero viventi non sarebbero riputati persone interposte, perchè il donatario non è di loro erede presuntivo. Ma i magistrati che su questo punto hanno tanta latitudine ve li comprenderebbero. V. Grenier, l. c. n.* 687, *e Toullier, l. c. n.* 903.

È nulla egualmente qualunque donazione simulata (438), come pure qualsivoglia disposizione indiretta, 1099 ma solo riguardo a ciò che eccedesse (439) la quota dalla 1053 legge permessa, come abbiamo poc' anzi veduto.

Stabilite queste regole generali, passiamo ora alle disposizioni particolari, ad ogni specie di donazioni tra conjugi.

---

mente *explicative*; onde in qualunque modo avvenga che il conjuge non eredita, la donazione non debba meno essere annullata.

(438) Sotto la forma di un contratto oneroso, ovvero in qualunque altro modo.

(439) Dalla maniera in cui è concepito l'art. 1099 † 1035 risulta che la donazione indiretta, ma del conjuge al conjuge, è valida sino alla concorrenza della quantità stabilita dalla legge, nel mentre che la donazione simulata o fatta per mezzo d'interposte persone è interamente nulla. L'Editto delle seconde nozze metteva nella stessa classe tutte queste specie di donazioni, e le riduceva indistintamente al disponibile. Ma il legislatore attuale avendo adottato una redazione interamente diversa per ciascuno de' due casi (ch' ei poteva unitamente e facilissimamente abbracciare in una medesima disposizione), non si può supporre che abbia agito del tutto senza motivo, e quindi si ha da presumere che abbia inteso applicare a ciascun di essi differente decisione.

Ma cosa intendesi per una donazione indiretta distinta da una donazione simulata? È, per es., se il conjuge rinunzia una successione alla quale il consorte è chiamato per sostituzione; se rinunzia un legato il di cui profitto dee toccare al consorte per dritto di accrescimento, ed altri casi simili. Si può dare per esempio di una donazione simulata, se il conjuge avesse fatta una vendita mascherata, etc. La legge non vede frode nel primo caso, perchè il conjuge non ha procurato di mascherare le sue intenzioni. Egli ha donato indirettamente, è vero; ma ciò che ha fatto, lo ha fatto pubblicamente. In conseguenza la legge si contenta di ridurre il vantaggio al disponibile. Nel secondo caso il conjuge ha voluto nascondere la conoscenza della donazione ch'ei volea fare; e la legge annulla interamente la donazione, poichè più gravemente punisce colui che prende vie tortuose per fare anche ciò che potrebbe fare direttamente e liberamente: novella prova in appoggio dell' opinione emessa nella nota 3 p. 4.

Sezione I.

Delle donazioni tra conjugi per contratto di matrimonio.

Gli sposi possono, nel contratto di matrimonio, farsi reciprocamente o uno de' due all'altro tutte le donazioni menzionate nel capitolo precedente, e queste sono soggette alle stesse formalità (440). Avvi però questo divario, che la condizione di sopravvivenza del donatario è sempre sottointesa (441) nelle donazioni de' beni futuri, e in quelle de' beni presenti e futuri (442), le quali in conseguenza non sono trasmissibili ai figli nati dal matrimonio (443), in caso di premorienza del conjuge donatario al conjuge donante.

1091
1046

1093
1048

(440) Per conseguenza esse non sono nulle per mancanza di accettazione. (art. 1087 † 1042).

Giudicossi dalla Corte di Caen nel 15 dicembre 1816, e dalla Cassazione nel 5 maggio 1818, che la condizione della sopravvivenza del donatario riputavasi realizzata, quando questi fosse stato ammazzato dal donante, e ciò in conformità dell'art. 1178 † 1131 (Sirey, 1819. part. 1. pag. 162).

(442) *Quid*, se per altro questa donazione, quantunque fatta con un solo atto fosse concepita nella forma prescritta dall'art. 1084 † 1040, vale a dire se vi si fosse annesso lo stato de' pesi esistenti nell' epoca della donazione? Io penso che allora la donazione di beni presenti va distinta da quella di beni futuri, e ch'essa sia trasmissibile (art. 1092 † 1047). Si vegga l'arresto di Cassazione del 15 dicembre 1813 (Sirey, 1815, 1. par. p. 102) (*a*).

(443) Perchè questa differenza con la disposizione dell'art. 1082 † 1038? Prima di tutto perchè, come l' abbiam detto, quando un terzo dona per contratto di matrimonio ad una persona, è presunto abbracciare con la sua liberalità non solo il conjuge donatario, ma benanche la di lui discendenza. Qui il conjuge ha potuto donare al conjuge solo ed unicamente a considerazione di lui. Secondariamente, egli non ha bisogno di donare ai suoi figli; egli non ha che a non toglier loro nulla. In terzo luogo i figli ritroveranno sempre gli oggetti nella successione del superstite. Finalmente, e questa ragione sotto il rapporto della mo-

(*a*) *Ecco la massima contenuta in questa decisione ,, L'articolo 17 dell'Ordinanza del 1730, che permette al donatario, per donazione de' beni presenti e futuri, di rinunciare ai beni futuri ed attenersi ai beni presenti, purchè gli sieno devoluti dal giorno della donazione senza essere gravati di debiti futuri del donante, si applica benanche al caso di donazione scambievole fra conjugi subordinato al caso di sopravvivenza (quando sia riputata a causa di morte).*

Se la donazione è di beni presenti soltanto, la con-
1092 dizione di sopravvivenza non ha luogo, quando non è
1047 formalmente espressa (444).

Finalmente le donazioni tra' conjugi per contratto di matrimonio non sono rivocabili che in tre casi:

1. Per inesecuzione delle condizioni;

2. Se vi è separazione personale. Abbiamo veduto al Titolo *del matrimonio*, che in questo caso le dona-
299 zioni fatte dal conjuge attore all' altro conjuge, erano 228
300 annullate, ma senza reciprocanza (445); 229

3. Quando il marito sia fallito, la moglie non può

---

rale non è la meno potente, non è bene spogliare i padri e le madri per arricchire i figli: è, al contrario, utilissimo di conservare ai primi i mezzi onde ritenere i secondi nei limiti del rispetto dal quale sventuratamente si allontanano troppo spesso.

Quest' ultima ragione mi determinerebbe volentieri a pensare che le parti non potrebbero derogare a questa disposizione nemmeno con un patto espresso, e che per conseguenza i conjugi nel maritarsi non potrebbero nella previdenza della morte di uno di essi, stipulare che la donazione di beni futuri avrà luogo in favore de' figli del matrimonio, nè a più ragione in favore di alcuno fra essi, anche riserbando agli altri la legittima; poichè in quest' ultimo caso sarebbe lo stesso che turbare l' ordine legale delle successioni tra i figli; il che è proibito nei contratti di matrimonio dall' art. 1389 † 1343.

(444) Vale a dire che in caso di premorienza del donatario, i beni non torneranno al donante che quando avrà egli stipulato il dritto di riversione.

L' art. 1092 † 1047 dice che qualunque donazione di beni presenti fatta tra conjugi per contratto di matrimonio è sottoposta a tutte le regole e formalità di sopra prescritte per tutte queste specie di donazioni. La parola *di sopra* rinvia al cap. 4, o al cap. 8? Crederei al cap. 8; e che le parole *per tali donazioni*, bisogna intendere quelle fatte per contratto di matrimonio (*a*).

Quid, se in una donazione di beni presenti vi fosse riserva della facoltà di disporre di un oggetto compreso nella donazione? Ciò sarebbe, in quanto a tal oggetto, una donazione di beni futuri, la quale per conseguenza non sarebbe trasmissibile ai figli.

(445) V. le note 211, 212, 213 al vol. 2, pag. 109 e seg.

(*a*) *Le donazioni tra vivi de'* beni presenti *per contratto di matrimonio sono sottoposte veramente alle formalità prescritte per le altre donazioni tra vivi, ma non a quella dell' accettazione di cui sono dispensate per l' art.* 1087 † 1042; *nè si considerano fatte sotto la condizione della sopravvivenza del donatario se questa non sia formalmente espressa* (*art.* 1092 † 1047); *e son caduche se il matrimonio non segue* (*art.* 1088 † 1043); *nè sono soggette a rivocazione per sopravvegnenza di figli* (*art.* 960 † 885 *e* 1096 † 1050).

esercitare alcuna azione nel fallimento, a cagione degli utili che le sono stati assegnati nel contratto di matrimonio; ma in questo caso avvi reciprocità, ed i creditori del marito non possono prevalersi in alcun modo degli utili e benefizj fatti dalla moglie al marito nello stesso contratto.

Com. 549 541

Sezione II.

Delle donazioni tra conjugi durante il matrimonio.

È ora permesso ai conjugi di farsi reciprocamente delle donazioni durante il matrimonio; ma nel medesimo tempo era necessario di prevenire da un lato gli abusi d' una troppo grande facilità, e dall' altro le dissensioni domestiche che i rifiuti potrebbero occasionare. Con questa mira venne deciso che tali donazioni sarebbero sempre rivocabili col semplice cangiamento di volontà per parte del donante (446), ancorchè fossero di beni presenti, qualificate tra vivi (447), e rivestite in conseguen-

(446) In qualunque forma sia espresso, purchè costi (a).

(447) Dunque esse possono esser qualificate altrimenti; dunque possono essere di beni futuri; e d' altronde, ciò che ne' casi ordinarii impedisce che non si possa comprendere beni futuri nelle donazioni tra vivi si è, che sarebbe allora in potere del donatario di alienare ed anche annullare l' effetto della donazione; il che è contrario al carattere distintivo ed all' essenza delle donazioni tra vivi. Ora questo motivo qui non esiste, poichè il donante può rivocare con un semplice atto della sua volontà. Ma quantunque esse possano esser donazioni di beni futuri, debbono nondimeno andar rivestite delle forme richieste per le donazioni tra vivi, poichè ai termini dell' art. 893 † 818 non si può in generale disporre de' proprii beni che in due maniere, per donazione tra vivi o per testamento. Vi sono in verità alcune eccezioni; ma non veggiamo che in nessun luogo le medesime si estendano alla donazione tra conjugi durante il matrimonio. Anzi, non v' è che una differenza la quale è a loro svantaggio, cioè che se la donazione è reciproca, non può esser fatta con un solo e medesimo atto; il che proviene dalla rivocabilità, essenziale a tal sorta di donazioni, come or ora il vedre-

(a) *Questa rivocazione non risulterebbe dalla semplice menzione fatta nel testamento, che il testatore annulla e rivoca tutti i testamenti anteriori: di modo che se il testamento non assorbisse tutti i beni del testatore, la donazione fatta al conjuge avrebbe il suo effetto per quanto fosse possibile, conciliandola colle disposizioni testamentarie. V. Grenier l. c. num.* 455.

za delle prescritte formalità per questa specie di donazioni (*a*).

---

mo. V. Ricard, *delle Donaz.*, par. 1. n. 25, ed una decisione di Parigi del 27 agosto 1814 riportata dal Sirey, 1816, 2. par. p. 40) (*b*).

Io considero del rimanente questa sorta di donazioni come simile quasi in ogni punto alle donazioni tra marito e moglie nella guisa che avevano luogo presso i Romani e che erano confermate dalla premorienza del donante sopprayvenuta senza che egli avesse rivocata la donazione. Io penso dunque che le disposizioni delle leggi romane debbano servire a decidere quasi tutte le quistioni che possono presentarsi intorno all'art. 1096 † 1059.

1.° La donazione è rivocata per la morte civile del donante? No. (L. 13, §. 1, ff. e 24 Cod. *de donat. inter vir. et uxor.*) Essa è per l'opposto confermata da questa morte, poichè il donante non può più rivocarla. Osservate in effetti una differenza essenziale che passa tra questa sorta di donazioni ed i testamenti, e della quale la decisione ora da noi data non è che la conseguenza: col testamento il legatario non acquista alcun dritto; non è che dal momento della morte che il suo dritto comincia a sorgere: onde se in quel momento il defunto era incapace di trasmettere, non ha potuto donare al legatario alcun dritto sulla cosa legata. Nella donazione tra marito e moglie, il donatario acquista un dritto nel punto della donazione, ovvero dell'accettazione, se ha luogo con atto separato: dritto acquistato in verità sotto la condizione, *se il donante non revoca*; ma questa condizione risolutiva non impedisce l'esistenza del dritto, in guisa che se la donazione è di beni presenti, il donatario non è tenuto dei debiti nè di domandare il rilascio. (Arresto di Roano del 7 febbrajo 1816, in Sirey, 1816, 2. par. p. 143.) Dal momento in cui la rivocazione non ha luogo si

(*a*) *La disposizione tra conjugi per atto tra vivi può dirsi che sia una donazione condizionale. L'avvenimento che forma la condizione è la rivocabilità. Ma se non si rivoca essa avrà il medesimo effetto di tutte quelle che sono soggette a condizioni le quali retroagiscono al giorno dell'atto. Essa prende il suo vigore dal giorno medesimo in cui gli vien fatta, non dal giorno della morte del donante, e ciò a differenza del testamento. Essa ha bisogno di essere confermata dal silenzio del donante sino alla sua morte; ma esistendo questa conferma la donazione conserva il suo vigore dal giorno della sua data. V. Grenier l. c. n. 452.*

(*b*) *Riflettete che le donazioni reciproche possono farsi con atti separati, quand'anche stipulate nello stesso giorno, nello stesso istante, avanti agli stessi notai e testimoni, senza alcun intervallo tra l'un atto e l'altro, come decise la Corte di cassazione coll'arresto del 22 luglio 1807 (Sirey, 1807, pag. 368). Questo arresto decise ancora che le donazioni tra coniugi de' beni che il donante lascerà alla sua morte possono farsi nella forma delle donazioni tra vivi: ma in questo caso sono soggette a tutte le formalità prescritte per tali donazioni, e per conseguenza alla formalità dell'espressa accettazione, di cui sono dispensate quelle fatte trai sposi per contratto di matrimonio.*

La moglie può anche procedere a questa rivocazione, senza esservi autorizzata dal marito o dal giudice. 1096 1050

---

reputa che la donazione sia stata pura e semplice nel principio; ora nell' epoca in cui essa fu fatta, il donante era capace di disporre, dunque ec.

2. Questa donazione sarebbe mai rivocata per effetto della separazion personale? Badate che non si tratta qui della rivocazione delle donazioni fatte dall' attore in questo giudizio, poichè la separazione rivoca anche quelle che sono state fatte per contratto di matrimonio e che sono essenzialmente irrevocabili. Si tratta dunque di donazioni fatte dal reo convenuto; sul qual soggetto fa d' uopo riferirsi a ciò che abbiam detto al 2. vol. nota 213 pag. 111.

Queste donazioni saranno egualmente rivocate per la premorienza del donatario. (L. 23 §. 14 ff. *eod.*)

3. La rivocazione tacita sarebbe mai sufficiente? La legge 12. Cod. *eod.* decideva che qualunque alienazione ed anche l' ipoteca portava rivocazione. Ciò però fu cambiato, quanto all' ipoteca, da Giustiniano nella Novella 162, cap. 1 §. 1. Io stimo che queste disposizioni sarebbero ammesse nel nostro dritto, e che per conseguenza qualunque alienazione porterebbe la rivocazione della donazione in quanto alla cosa alienata; ma che non sarebbe lo stesso dell' ipoteca, stabilita anche dopo la donazione, salva tuttavia l' azione ipotecaria del creditore. Ma, ammettendo questa decisione, il donatario il quale in virtù dell'azione ipotecaria fu obbligato a pagare il debito, avrà egli regresso sulla successione del donante? Io lo affermo, tanto più volentieri in quantochè una simile donazione può, almeno riguardo a ciò, essere equiparata ad un legato, e che nel caso in cui la cosa legata venne ipotecata anche dopo il testamento, il legatario che pagò il debito è surrogato a tutti i dritti del creditore contra la successione del testatore. (Art. 874 † 1, 1020 † 974 e 1038 † 993).

Risulta del resto da queste disposizioni che donazioni di tal sorte non hanno bisogno di essere trascritte; giacchè i terzi non hanno interesse a conoscerle, non potendo esse pregiudicare ai dritti reali che potrebbero eglino acquistare sui beni donati.

4. Se vi fosse luogo a riduzione pel compimento della legittima, e che una donazione simile si trovasse in concorso con altre disposizioni, come si eseguirebbe la riduzione? Vedete qui sopra la nota 54 p. 51.

Bisogna osservar nondimeno molte differenze su questa materia tra il nostro e il roman dritto. Presso i Romani non si considerava come donazione se non ciò che diminuiva il patrimonio attuale del donatore. Se dunque il marito avea rifiutato l' eredità che la moglie avea dritto di raccogliere come sostituita, non sarebbe stato ciò riguardato come una donazione. (L. 5, §. 13, 14, 15, *de donat. inter vir. et ux.*) Non sarebbe lo stesso appo noi che riguardiamo le disposizioni indirette nello stesso modo delle donazioni. Così, presso i Romani non si avea per donazione ciò che una moglie donava al marito per l' acquisto di una dignità (L. 40, 41, e 42 *eod.*), o per la riedificazione della sua casa incendiata. (L. 14 *eod.*) Presso di noi sarebbe realmente una donazione.

Queste sorta di donazioni essendo essenzialmente rivocabili, e per evitare le discusioni che potrebbero elevarsi nel caso di rivocazione dall'una delle parti (448), ne segue che i conjugi non possono farsi tra loro alcuna scambievole disposizione con un solo e medesimo atto, sia tra vivi, sia con testamento (449).

1097 *1051*

Queste donazioni non sono rivocate per sopravvegnenza di figli. Si comprende in fatti che non è ad esse applicabile (450) il principio che fece adottare questo modo di rivocazione.

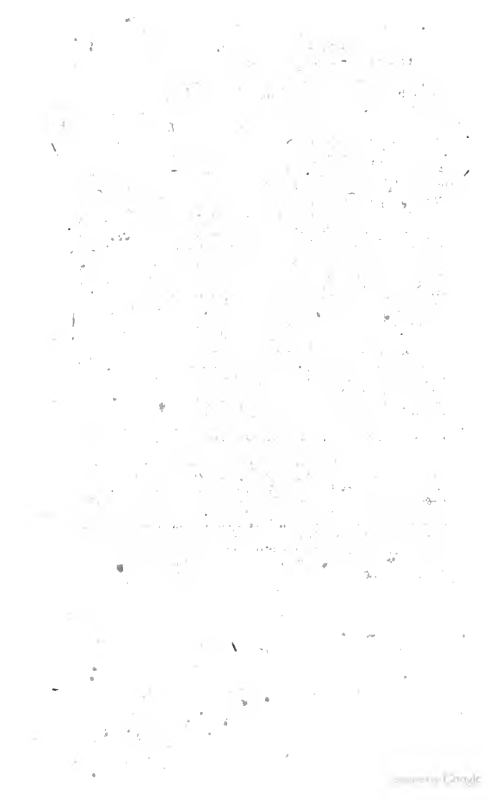
1096 *1050*

Osservate che il decreto del 17 maggio 1809 (*Boll.* n. 4393), permette alla moglie autorizzata da suo marito di costituire i suoi beni proprii in maiorasco in favore di suo marito e de'loro comuni discendenti; e poichè, a termini dell'art. 40 del Decreto del 1 marzo 1808 (*Boll.* n. 3207) i beni che compongono un maiorasco non sono alienabili, è d'uopo tirarne la conseguenza che in tal caso la donazione sarebbe irrevocabile.

Osservate pure che non basta l'essere il donante divenuto più povero con la donazione; fa d'uopo altresì, perchè la disposizione si abbia come una donazione, e come tale sia rivocabile, che il donatario sia divenuto più ricco; per giudicar la qual cosa va considerato il momento della domanda. (L. 7. *eod.*) Se adunque in tal epoca gli oggetti trovansi perduti o diminuiti, anche pel fatto del donatario, e senza alcun profitto per lui, l'azione di rivocazione non ha luogo, ovvero è ridotta fino alla concorrenza del valore che gli oggetti han conservato.

(448) Se l'una rivocasse e l'altra venisse a morire senza averlo saputo, gli eredi di questa potrebbero pretendere che le due donazioni essendo correlative e fatte l'una in vista dell'altra, la rivocazione dell'una dovesse trar seco quella dell'altra.

(449) Per ciò che concerne i testamenti, questa non è una disposizione particolare ai conjugi. Evvi a tal riguardo una proibizion generale nell'art. 968 † 893.

(450) Si può presumere che il donante ha preferito il suo conjuge ai figli. Ma queste donazioni saranno riducibili alla somma stabilita nell'art. 1094 † T.

OSSERVAZIONI

SUL TITOLO QUARTO.

Dopo di avere nell'antecedente Titolo discorso delle successioni che si deferiscono dalla legge, conveniva trattare di quelle che dalla volontà dell'uomo col mezzo delle donazioni o con quello de' testamenti si trasmettono, e perciò l'una e l'altra legislazione fa seguire al Titolo delle Successioni quello delle Donazioni e de' Testamenti. È desso ciò che più al vivo interessa l'uomo e tocca le sue affezioni, sia che si riguardi il dritto di proprietà per i limiti ne' quali la legge lo restringe; sia quello della patria potestà per i rapporti di fortuna che unendo i figli ai genitori sono fissati dalla legge; sia finalmente quello della beneficenza per gli attestati di amicizia e di riconoscenza regolati pur anche dal legislatore. Ecco perchè queste materie allontanandosi dalla semplicità del dritto naturale sono state sempre riguardate come le più ardue e difficili in Giurisprudenza; e sebbene presentemente si siano molto semplificate, e da tante sottigliezze sgombrate, pure l'essersi riuniti in uno stesso Titolo due diversi mezzi di acquistare, con tutto quello che si è giudicato conveniente lasciare sulla materia delle sostituzioni, accresce alla intrinseca loro difficoltà una tal quale confusione che non può evitarsi senza molta e diligente attenzione.

Formando questo Titolo quasi una parte conseguente di quello delle Successioni, noi seguiremo nelle nostre Osservazioni l'ordine istesso, indicando quali erano le disposizioni che regolavano queste materie fra noi prima della militare occupazione, quali furono quelle che il Codice civile introdusse col dominio francese, quali finalmente le riforme fattevi dal nostro Legislatore. Niuno può conoscere a fondo lo spirito della nostra nuova legislazione, se non conosca almeno i principii e le regole generali di quella che prima ci reggeva. Ciò che si è conservato, dice molto bene il Grenier (a), si valuta molto meglio sotto il rapporto di tutti i cangiamenti, soppressioni ed addizioni, quando si paragona con quello che ha esistito.

(a) Trattato delle Donazioni e Testamenti 2. Ediz. con esatta eleganza tradotto ed annotato dal nostro signor Cafaro, tom. 1 pag. 7.

CAPITOLO I.

Delle disposizioni che regolavano tra noi le donazioni ed i testamenti, prima della militare occupazione.

Lasciando ad altri la quistione se la facoltà di disporre de' suoi beni sia un beneficio della legge o piuttosto l'esercizio del natural dritto sulla proprietà, certo è che si vide prima adottata dai popoli che scritta nelle leggi; e quando i legislatori se ne mischiarono, dove più dove meno fu questa facoltà ristretta, seguendosi il principio regolatore delle successioni intestate. Parlando noi della legislazione che ci regolava prima dell' occupazione francese, convien distinguere come abbiam fatto nell' antecedente Titolo, le disposizioni che dal roman dritto discendevano, da quelle che le nostre costituzioni e consuetudini vi aggiunsero.

SEZ. I.

Dritto Giustineaneo sulle donazioni e sui testamenti.

§. I.

Donazioni.

Fine ed oggetto della donazione era il conferire gratuitamente il suo ad un altro, *liberalis in alium rei collatio*, ed era di due generi: una men propria, che dicevasi *mortis causa*, la quale per sospetto di morte, o dal pensiere di essa, anche in altri derivava; l'altra detta *inter vivos* che da mera liberalità proveniva. La prima non trasmetteva la cosa al donatario; e poteva rivocarsi a piacere, anzi rescindevasi colla morte del donatario, sopravvivendo il donante, §. 1, *Inst. de donat.*, e dubbio era tra' giureconsulti se dovesse assimilarsi al legato, o considerarsi come contratto innominato, fluttuazione che tolse Giustiniano paragonandola al legato e facendola valere se fosse stata stipulata innanzi a cinque testimoni, *l. ult. Cod. de don. caus. mort.* (*a*). Ma la donazione tra' vivi tosto che fosse per-

(*a*) Pur se in molte cose questa donazione col legato conveniva, altre ne rimanevano nelle quali disconveniva. La solennità di cinque testimoni, la rivocazione a piacere, la conferma colla morte del donante, egual luogo alla sostituzione, egual dritto alla Falcidia, non proibita trai conjugi ed ammettendo non meno il *jus accrescendi* che

fetta portava l'immediato rilascio, ed era irrevocabile, §. 2 *Inst. de donat.*, per cui sol' essa come vera ed assoluta donazione considerossi.

Proclivi i Romani, come tutte le nazioni nascenti, alla liberalità, bisognò che le leggi vi ponessero un freno, onde non farla degenerare in prodigalità; e la legge Cincia nell' anno 549 di Roma proibì le donazioni oltre una data somma e le sottomise alla solennità della *mancipazione*; la quale disusata, Costantino le sottopose alla scrittura ed alla insinuazione ne' pubblici atti. Ma dai posteriori Principi ciò abolito, Giustiniano la rimise in vigore se il dono sorpassasse la somma di cinquecento *aurei*; ed, abrogate le antiche forme per l' accettazione, volle che la tradizione si fosse operata in virtù del semplice patto, assimilando la donazione tra vivi agli altri contratti; e che le stipulazioni potessero comprendere l'avvenire del pari che il presente, ed una quota o un oggetto particolare, ed anche riserva d' usufrutto, *l.* 35 *e* 36 *Cod. de donat.* e V. Eineccio *Elem. jur. lib.* 2, tit. 7 §. 459.

Inutile riputavasi per l' antico dritto la donazione fatta dal padre al figlio di famiglia; ma col nuovo, sciolto il vincolo della potestà colla morte del padre, una tal donazione col solo silenzio confermossi, *l.* 25 *C. de donat. int. vir. et uxor.* I costumi più che le leggi vietavano le donazioni trai conjugi, il che fu poi agevolato dal senatu-consulto sotto Antonino, *l.* 3 *e* 32 *ff. eod.* qualora col silenzio nella morte del donante si fossero confermate; pur se le cose donate non si fossero conseguate, invano il conjuge dall' erede le pretendeva: ma piacque diversamente a Giustiniano che obbligò l' erede a consegnarle, *Novell.* 162, *c.* 1.

Secondo il roman dritto la donazione fra'vivi poteva comprendere tutti i beni presenti e futuri, *l.* 33 §. 4 *e* 5 *Cod. de donat.* Nè si poteva dire che il donante con ciò si spogliasse della facoltà di testare, contro il disposto della legge 52 §. 9 *ff. pro socio*; mentre l' eredità non consisteva ne' beni, ma in

---

la cauzione Muziana, tutto ciò al legato l' eguagliava; ma diversificava da esso in quanto che la donazione poteva farsi colla legge di non rivocarla, (*l.* 13 §. 1, *ff. de mort. caus. donat.*); non dipendeva dall' adizione dell' eredità, ma rimanea ferma colla morte del donante (*l.* 32 *ff. eod.*); era una in ciascun anno, ed apparteneva all' erede se diversamente non avesse il donante stabilito (*l.* 35 §. *ult. ff. eod.*): per la capacità del donatario non si riguardava il tempo della formazione del testamento, ma unicamente quello della morte (*l.* 22 *ff. eod.*) e richiedeva l' accettazione per cui non poteva conferirsi all' assente o a colui che l' ignorasse (*l.* 38 *ff. eod. V. Guarani Prel. ad Inst. Iustin. lib. II, tit.* 7.)

un dritto che poteva esser anche dannoso per l'erede. Non si poteva temere neppure che il donante spogliatosi di tutto restasse a carico della republica, mentre godeva del beneficio *della competenza* pel quale riteneva per se quant' era necessario per non divenir povero, §. 38. *Inst. de action. l. 33 ff. de iure dot. e l. 28 ff. de reg. jur.* Ciò non ostante era ricevuta nel foro la massima che la donazione di tutti i beni presenti e futuri non valesse, a meno che il donante non si fosse riservata almeno la vigesima parte de' suoi beni onde poter fare testamento.

Tuttochè le donazioni tra vivi fossero irrevocabili, potevano però per giusti motivi rescindersi, e questi a cinque li restrinse Giustiniano nella legge ultima *Cod. de revoc. donat.*; se atroci ingiurie si fossero dal donatario contro il donante profferite; se lo avesse percosso; se gli avesse insidiato la vita; se grave danno recato avesse ai suoi beni; e se non si volessero adempire i patti nella donazione apposti: ma tale azione agli eredi non competeva se avesse il donante tacinto. A queste cause il Foro vi aggiunse la sopravvegnenza de' figli in forza della legge ottava del Codice sotto lo stesso titolo, tutto che in essa parlavasi solo della donazione del liberto al patrono (*a*).

Altro genere di donazioni mentova Giustiniano nel §. 3 *Inst. de donat.* detta per le nozze, di cui parleremo nella seguente sezione: ma nulla ci dice delle donazioni sponsalizie trai sposi prima delle nozze, che Costantino stabilì valere colla tacita condizione del futuro matrimonio, *l.* 15 *Cod. de donat. ant. nupt.*: che se i sponsali si fossero sciolti pel fatto del donante, i doni dati non meno che i promessi si acquistavano dal donatario; ma se per morte di uno de' sposi ciò avvenisse, allora, morta la sposa, le cose da lei donate ritornavano agli eredi, ancorchè stato vi fosse il bacio confermativo de' sponsali; in morte poi dello sposo, quando questo bacio stato vi fosse, la metà solo delle cose donate ritornavano ai di lui eredi; *l.* 16 *Cod. eod.*: il che fu osservato nel nostro regno.

(*a*) Ciò dal dritto Longobardo forse fu a noi trasfuso, che per tanto tempo ebbe luogo nel Regno, e dove, lib. 2, tit. 1, l. 13, la sopravvegnenza de' figli rescindeva le donazioni.

§. II.

Testamenti.

Che che sia delle antiche forme testamentarie, *perfettissimo* chiamò Triboniano il testamento fatto innanzi a sette testimoni idonei (*a*) specialmente per ciò chiamati, che *nuncupativo* ed *aperto* dicevasi perchè vi si nominava l'erede pubblicamente, nè cessava di esser tale tutto che redatto da notajo in iscritto, *Inst. de test. ordin.* §. 6 e 14. Ma valeva pure se con libello dato al Principe o ne' sacri archivii deposto, scritto si fosse, o al giudice della città, o al municipio tra gli atti pubblici riferito, *l.* 19 *Cod. de testam.*; e quello fatto nelle campagne con cinque testimoni, *l.* 31 *Cod. eod.*; e'l posterior testamento fatto con cinque testimoni a favore de' legittimi eredi; e quello che a favore de' figli erasi scritto che di niuna solennità avea bisogno, *l.* 21 *Cod. eod.*

Altre agevolazioni ottenne il testamento *militare*, pel quale bastava che della volontà del milite costasse, *l.* 1 15 e 19 *ff. de test. milit.* e *Inst. eod.*; ma tal privilegio tral tempo della spedizione restrinse Giustiniano nella legge 17 *Cod. de testam. milit.*, e purchè non fosse dalla milizia dimesso, §. 3 *Inst. eod.*

Ma non tutti potevano far testamento: altri per mancanza di stato, altri per difetto di animo o di corpo n'erano incapaci. I peregrini e i servi, lo eran sempre ed in tutte le cose; i figli di famiglia pel peculio castrense e quasi castrense il potevano, §. 6 *Inst. de mil. test.* e *l. ult. Cod. de inoff. test.*; indi anche per l'avventizio peculio per la Novella 117 c. 1 Gli impuberi i dementi ed i prodighi n'erano interdetti, §. 1 *Inst. quib. non est. perm.*, ma fe valere Giustiniano il testamento fatto negl'intervalli della demenza e del furore, *Ivi* e l. 9 *Cod. eod.*; e se vietollo ai sordi e muti dalla nascita, loro il concesse se, per infortunio resi tali, sapessero scrivere l'ultima loro volontà, *l.* 10 *Cod. qui testam. fac. poss.*; e pel cieco si volle il testamento scritto da notajo, o da un ottavo testimone, *l.* 8 *Cod. eod.*

Queste erano le esterne solennità del testamento, ma varie

(*a*) *Cum quibus testamenti factio est*, dice Triboniano, senza spiegarci qual sia questa qualità; ma secondo il sentimento di Ottone, intender si debbono quei che potevano intervenir ne' comizii; perciò la femina, l'impubere, il furioso, il muto, il sordo, il prodigo ed altri che testar non potevano, non erano neppure idonei testimoni. Gli eredi ne furono pure da Giustiniano esclusi, §. 10 *Inst. de test. ordin.*

ed importanti erano le interne. L'istituzione dell'erede era la prima senza di cui non v'era testamento, *l.* 17 §. 2 *ff. de test. milit.*; e quest' erede doveva con dirette parole nominarsi, certo egli fosse o almeno ostensibile per designato avvenimento, e non dall' altrui volontà ma dalla propria del testatore istituito, e senza captazione, *l.* 15 *C. de testam. et quemad. test. ordin.*, *l.* 32 *e* 171 *ff. de hered. instit.*, *l.* 1 *ff. de his quae pr. non script. hab.* Non potendo il pagano morire testato ed intestato nel tempo stesso, non potea istituirsi l'erede dopo un certo tempo, o per un dato tempo, *l.* 7 *ff. de reg. jur.*, §. 9 *Inst. de hered. inst.*; ma per dritto giustinianeo valevano le istituzioni prepostere, quelle cioè che conferivansi nell'atto, ma si ordinava dipendere da una futura condizione, *l.* 25 *Cod. de testam.* L'altra solennità consisteva nell'eseredazione de'figli se non s' istituivano eredi. L' antico dritto varie distinzioni faceva pel sesso e pel grado de' nati e de' postumi e tra i preteriti e gli eseredati; ma Giustiniano tolse l' una e l'altra distinzione; quindi anche le figlie o nate o postume se non s'istituivano doveano espressamente eseredarsi, §. 5 *Inst. de exered. lib.* e *l.* 4 *Cod. de lib. praeter.* Non così pel testamento militare, mentre i figli del milite potevano impunemente preterirsi, §. 6 *Inst. eod.*

Vedemmo nelle Osservazioni all' antecedente Titolo quali erano le persone incapaci a succedere, e la distinzione tra gli eredi necessarii, suoi necessarii, ed estranei. Ora vi aggiungiamo la maniera colla quale dividevasi l' eredità che col nome di *asse* chiamavasi da' giureconsulti, e conteneva dodici parti che era il numero perfettissimo, anzi il simbolo della perfezione. Ciascuna di queste parti avea la sua tecnica voce: la dodicesima era chiamata *uncia*, due once *sextans*, tre once *quadrans*, quattr' once *triens*, cinque once *quicunx*, sei once *semis*, sette *septunx*, otto *bes*, nove *dodrans*, dieci *dextans* o *decunx*, undeci *deunx*. L' oncia istessa fu suddivisa, e la metà si disse *semiuncia*, il quadrante *sicilicum*, ed il sestante *sextulam*. Quest' asse poi ossia l' eredità poteva raddoppiarsi e triplicarsi, per cui furon inventate le voci di *dupondio* per un asse diviso in 24 once, e *tripondio* per l'asse diviso in 36, in modo che se il testatore avesse disposto oltre le dodici once si passava al dupondio, *l.* 17 §. 3 *ff. de hered. inst.*

Ma i testamenti anche bene ordinati potevano per sopravvegnente vizio rendersi inutili. Dicevasi *rotto* il testamento se n'era viziato il dritto, il che poteva farsi o colla nascita del postumo sia naturale sia civile, o con un posteriore testamento, o colla morte dell' istituito vivente il testatore, §. 1 *e* 3 *Inst. quib. mod. test. infir.*; che se il secondo testamento

era nullo, il primo non aveasi per rotto, §. 7 *eod.* (*a*); e per dirsi tale non bastò più lo scorrer del decennio senza la rivocazione fattane dal testatore almeno innanzi a tre testimoni, *l.* 27 *Cod. eod.*

Irrito dicevan gli antichi il testamento se il testatore avesse poi sofferto una diminuzione di stato anche minima, §. 4 *e* 6 *Inst. eod.*, però se fosse morto cittadino dava il pretore il possesso de' beni all' erede scritto, se per la massima o media diminuzione di capo si fosse irrito dichiarato il testamento, e non già per la minima, per la quale bisognava la nuova volontà del testatore per confermarlo; *l.* 6 §. 12 *ff. de injust. rupt. irrrit. fact. testam.* e *l.* 11 §. 2 *ff. de bonor possess. sec. tab.*

Deserto o *destituto* si disse il testamento quando l' erede scritto non volesse o non potesse esserlo, §. 7 *Inst. quib. mod. test. infir.*

Nullo dicevasi il testamento in cui si fossero preteriti i figli, e

Rescisso finalmente quello contro cui militava la *querela d' inofficioso testamento.*

E di questa querela occupossi il nuovo dritto giustinianeo accordandola non solo ai figli ingiustamente eseredati, ma benanche agli ascendenti omessi quando non vi esistevano discendenti, ed a quei ch' erano stati omessi nel testamento de' loro fratelli e sorelle nel caso l' erede ad essi preferito fosse notato d'infamia. Ed a quest' oggetto stabilì Giustiniano, 14 cause che rendevano giusta la diseredazione de' figli, otto cause per quella degli ascendenti e tre per quella de' fratelli e sorelle (Novelle 115 e 22), (*b*). Se non poteva diseredarsi conveniva istituirli eredi nella legittima che ne' figli stabilì Giustiniano, del terzo se quattro o meno fossero, e della metà se cinque o più. Lo stesso pe' fratelli e sorelle, e generalmente nel terzo per gli ascendenti, *Nov.* 18, 39 *e* 115.

Basterebbe quel che abbiamo detto sui testamenti per un sunto delle disposizioni che in questa materia ci regolavano; ma lo stesso Triboniano ci avverte che quasi niun testamento facevasi senza qualche legato, o fedecommessaria sostituzione, perciò di essi parleremo noi pure.

(*a*) Pur accadeva che il primo testamento perfetto, col secondo imperfetto si rompeva se fossero in questo posteriore nominati i figli eredi, o nominati gli eredi legittimi innanzi a cinque testimoni, *l.* 21 §. 1 *e* 3 *Cod. de testam.*

(*b*) Tutte queste cause di eseredazione sono in una esattissima analisi riportate dall' Einecccio ne' suoi *Elem. jur. civ. sec. ord. Instit.* lib. 2, tit. 13 §. 529, 530, 531, cui rimandiamo i nostri giovani lettori.

§. III.

De' Legati.

Giustamente si definì il legato da Triboniano essere *donatio quaedam a defuncto relicta ab herede praestanda*, accomodandolo al nuovo dritto che permise farsi i legati anche ne' codicilli, ed ab intestato, eguagliandosi co' fedecommessi, e communicandosene a vicenda i vantaggi, *l.* 2 *Cod. commun. de legat. et fidei.* Tolti da Giustiniano i diversi generi de'legati (*a*) ammise potersi legar le cose ch' eran in commercio, corporali ed incorporali, tutto che di altrui, ed anche dello stesso erede che consegnare o comprarle dovea o darne il valore al legatario, §. 4 e 13 *Inst. de legatis.* Inutile era però il legato della cosa che apparteneva già al legatario, ma non di quella che gli fosse dopo pervenuta per causa onerosa, §. 6 *eod.*, o se la cosa legata si fosse dallo stesso testatore volontariamente alienata, §. 12 *eod.* Utile poi se puramente si fosse legato quello che condizionatamente si dovea, §. 14 *eod.* e quello del genere e della scelta, §. 22 e 23 *eod.* Col perire della cosa senza colpa dell' erede periva il legato, ma si dovea quel che rimanesse, purchè non fosse accessorio al principale perduto, e ciò non avvenisse dopo la morte del testatore, nella qual' epoca, quel che rimaneva dalla cosa legata, sia principale sia accessorio, tutto si dovea, §. 16 *e* 18 *eod. e l.* 2 *e* 12 *ff. de pecul. legat.*

Restituì pure Giustiniano, secondo le antiche regole, il dritto di accrescere ai legatarii congiunti o nella cosa, o nelle parole, o nell' uno e nell' altro modo, §. *8 Instit. de legat. e l. un. Cod. de caduc. toll.*; dritto che avea luogo non meno nella proprietà che nell' usufrutto (*b*); ed ordinò doversi i legati senza differenza se prima o dopo l'instituzion dell' erede si fossero lasciati, ed anche dopo la morte di costui, §. 34 *e* 35 *Inst. de legat. e l. un. Cod. ut action. et ab. hered. et contr. hered. incip.*; ed ancorchè lasciati

---

(*a*) Per *vindicationem*, per *damnationem*, per *sinendi modum*, e per *praeceptionem*.

(*b*) Vi era però qualche distinzione, mentre nel legato della proprietà si estingueva tal dritto *post legati adgnitionem*, e la parte si trasmetteva all' erede; ma nell' usufrutto legato la parte mancante non all' erede si accresceva, ma a quelli ch'erano nell' usufrutto congiunti, *l.* 1, §. 3 *ff. de usufr. accresc.* Così pure in quello si perdeva tal dritto da colui che non accettò, o dopo accettato il perdette; in questo il dritto di accrescere si riteneva, *l.* 10. *ff. cod.*

si fossero sotto il nome di *pena* purchè non si fosse agli eredi prescritto nulla d' impossibile, di turpe, o dalle leggi vietato, §. 36 *Inst. eod.* Aggiunse dippiù che non ostava l'errore nel nome del legatario purchè costasse della sua persona, §. 29 *eod.*, nè l'errore nella dimostrazione della cosa legata, §. 30 *eod.*, nè la falsa causa del legato, §. 31 *eod.* quando il testatore l'avesse creduta vera, *l.* 72 §. 6 *ff. de condit. et demon.* Ed a conseguir tali legati non sòlo dàvasi l'azion personale, §. 5 *de oblig. quae quas. e contract. nasc.*, e la revindicazione contro qualunque possessore, *l.* 80 *de legat.* 2, ma pur l'azione ipotecaria che Giustiniano accordò ai legatarii su tutti i beni del defunto, *l.* 1 *Cod. comm. de legat. et fid.*; lasciando però sempre nella volontà del medesimo di togliere i legati, sia espressamente sia tacitamente, §. 1 *Inst. de adempt. leg.* e l. 88 *ff. de legat.* 3, o di trasferirli ad altri, *Ivi e l.* 6 *ff. eod.*; e quel ch'è più, lasciandogli la facoltà di togliere all' erede anche il beneficio della quarta Falcidia (*a*), *Novell.* 1. *c.* 2., e se anche tolta espressamente non glie l'avesse, pure s'intendeva tolta qualora nel legato fatto il testatore proibito avesse in grazia della famiglia di alienarsi, *Novell.* 119, *c.* 11.

Finalmente dall' avere Giustiniano eguagliati i legati ai fedecomessi, avvenne potersi direttamente legare anche nel codicillo (*b*) che con minori solennità spiegava la volontà del defunto testato o intestato; ma nel quale bisognavan pure cinque testimoni che l' avessero sottoscritto, *l.* 8 §. 3. *Cod. de codicill.*

(*a*) Spesso avveniva che i testatori assorbendo coi legati quasi tutto il loro asse, gli eredi non accettavano l'eredità, ed essi rimanevano *intestati*. Per ovviare a questo inconveniente fu adottata la legge Falcidia, così detta dal tribuno Falcidio che la propose nell' anno 714 di Roma, colla quale vietossi di legare al di là di tre quarti de' beni, e si permise che in caso diverso l' erede instituito potesse ritenere il quarto dell' eredità. Quindi tante disposizioni nel Digesto, nel Codice e nelle Instituzioni su questa *Falcidia*.

(*b*) I codicilli non erano che lettere scritte ad uomini presenti, e la di loro autorità s' introdusse pel pubblico esempio, §. 1. *Inst. de codicill.*—Si dividevano, come i testamenti, in *scritti* e *nuncupativi*, e solevansi confermar col testamento. In essi poteva legarsi, ma non instituire l' erede o diredarlo; ma poteva dichiararsi quello instituito col testamento, *l.* 77 *ff. de hered. instit. l.* 2. *Cod. de codicill. e* §. 2 *Inst. eod.* I cinque testimoni richiesti dalle costituzioni de' principi non servivano per solennità, ma per la pruova, quindi non n' erano escluse le femine. Era solito l' apporsi la clausola codicillare nel testamento, acciò se non valesse *jure testamenti*, valesse *jure codicillorum*, che al pari dell' erba *betonica* ne sanava i difetti.

§. IV.

Sostituzioni.

Provviddero i Romani al caso in cui l'erede istituito non potesse o non volesse accettar la successione, sostituendo al primo il secondo o altro ulteriore erede, e questa fu chiamata *sostituzione diretta*, l. 43 §. 2, *ff. de vulg. et pupill. substit.*; indi fu detta *volgare* per distinguerla dalla pupillare colla quale i genitori sostituivano a figli viventi sotto la loro potestà nel caso che morissero in età pupillare.

Riguardo alla volgare la formola *si heres non erit* diversi effetti produceva secondo la diversità degli eredi, *l. 4 ff. de vulg. subst.* Ma Giustiniano accordando generalmente un anno per adire o rifiutare l'eredità, se l'erede scritto fosse morto dentro dell'anno senza deliberare trasmetteva questa facoltà ai suoi eredi per tutto il rimanente dell'anno, *l. 1 Cod. de jur. delib.*: restituì pure agli eredi l'antico dritto di *accrescere* abolendo la caducaria legge Papia, *l. unic. Cod. de caduc. toll.*, e stabilì le parti ai sostituiti dovute colla nota regola *substitutum substituto instituto etiam substitutum intelligi*, §. 3. *Inst. de vulg. subst.*

Per la pupillare sostituzione succedeva il sostituito non solo in tutto il patrimonio del pupillo lasciatogli dal padre, ma benanche negli altri beni dell'impubere, *l.* 10 §. 5 *de vulg. et pupill. subst.*, come se questi scritto l'avesse suo erede. Ma per esser essa valida bisognava che il padre ai figli *suoi* avesse sostituito, *l.* 2 *eod.*; e che costoro fossero impuberi nel tempo della morte del testatore, *l.* 41 *eod.*, ancorchè fossero eseredati, §. 4. *Inst. eod.* Tale sostituzione per altro non poteva essere che la seguela del testamento, §. 5 *eod.*, ma se questo si rescindeva per querela d'inofficioso, ferma rimaneva la sostituzione per la Novella 115, c. 3; diversamente se per altre cause fosse caduto il testamento paterno. Poteva sostituirsi a ciascheduno de' figli pupilli o a quegli che ultimo fosse morto dentro la pubertà, §. 6 *eod.*; la madre escludendo i fratelli consanguinei del defunto perchè ammessa a succedere *in capita* coi germani giusta la Novella 118, c. 2, ed il sostituito all'impubere che in ultimo moriva, non conseguiva le intere eredità dei fratelli premorti, ma quelle sole porzioni che al detto impubere erano spettate in concorso colla madre.

Oltre a queste due dirette sostituzioni eravi quella detta *fedecommessaria*, che per frodare la severità del dritto s'introdusse. La legge *Voconia* per conservare i beni nelle grandi fa-

miglie proibì che si instituissero eredi le femine le quali perciò non potevano ricevere qualunque somma per modica che fosse; e la durezza di tal proibizione si estendeva alle successioni legittime, e le figlie anche uniche erano escluse dell'eredità de' di loro genitori. Ad eluder questa legge che così apertamente contrariava le prime naturali affezioni, si procurò di confidare alla cura di un amico quel che si voleva far passare in mano di una prediletta figlia o di una tenera sposa, pregandolo di renderlo alla persona indicata. A ciò si aggiunse il desiderio di beneficare amici e parenti di lontani paesi che non godendo il dritto di Cittadinanza non poteano essere eredi ma potevano possedere beni in Roma o in Italia, ed allora s'instituiva erede un cittadino romano pregandolo a rendere quest'eredità alla designata persona; e gli stessi cittadini che trovavansi spesso lontani dalla loro patria, impossibilitati a far testamento per la difficoltà di trovar sette cittadini romani, scrivevano agli eredi che aveano instituiti prima di partire o anche ai loro eredi legittimi, pregangoli a render tutto o parte de'loro beni ad altra persona capace di riceverli.

Ma nella loro origine queste preghiere non legavano l'erede fiduciario, e la restituzione de' beni donati era totalmente affidata alla di lui fede, onde queste sostituzioni ottennero il nome di *fedecommissarie*. Augusto proibendo i fedecommessi lasciati alle persone incapaci, abilitò il pretore a costringere l'erede fiduciario all'adempimento, §. 1. *Instit. de fideicom. hered.* Quindi siccome non si contennero i fedecommessi nelle sole cose singolari, ma si estesero a tutta l'eredità, sia come graduali sia come perpetue, così difficilmente essa si accettava dall'erede fiduciario che rimaneva sempre tenuto verso i creditori; nè bastò che il senatoconsulto Trebelliano lo avesse discaricato da ciò, mentre avea egli obbligo di opporre l'eccezione della restituita eredità, §. 4. *Inst. eod. l.* 1 *ff. ad Sc. Trebell.*; per cui ad allettarlo gli venne col senato consulto Pegasiano accordata la quarta parte di ciò che dovea restituire, §. 4 *Inst. de fideic. hered.* Ma Giustiniano abolendo il Pegasiano, e trasportandone l'utile al SC. Trebelliano provvide dividersi le azioni per dritto tra il fiduciario e 'l fedecommessario, e concesse la quarta al fiduciario, sia che fosse stato instituito nell'intero, sia che fosse stato scritto erede nella parte ch' era tenuto di restituire, §. 7, 8 e 9 *eod;* ma lasciò al testatore la facoltà di proibire la detrazione della quarta, e di gravare lo stesso fedecommissario di restituire tutto o parte dell'eredità dopo la sua morte, *Novell.* 1, c. 2. e §. 11 *Inst. cit.* Per i fedecommessi poi singolari, bastò a Giustiniano di eguagliarli ai legati comunicandone i vicende-

voli vantaggi, in modo che quel che non potesse sostenersi *jure legati*, si sosteuesse *jure fidecommissi*, lasciando sempre la facoltà al testatore di recarvi quelle differenze che piaciuto gli fosse, *l. 2. Cod. commun. de legat.* e §. 2 *Inst. cit.*

SEZ. II.

Dell' ultimo dritto del Regno che regolava queste materie prima della militare occupazione.

Indicheremo in questa Sezione quel che le patrie leggi aggiunsero cambiando o modificando il dritto comune sulle Donazioni, sui Testamenti e sui Fedecommessi.

§. I.

Donazioni.

Nulla di nuovo sulle donazioni tra noi s'introdusse eccetto che pel *dotario* delle donne che nelle tavole nuziali l'uso introdusse promettersi ora nella terza ora nella quarta parte di ciò che in dote si recava. Si fà menzione di esso nelle Novelle 2 e 97 come di sopraddote che il marito faceva alla moglie donandosele altrettanta somma quant'era il danaro dotale, nel caso che prima di lei morisse, in proprietà se non fossero figli rimasti dal matrimonio, ed in usufrutto se i figli rimanevano. Rugieri vietò potersi dal barone stabilire il dotario nel feudo se non avesse tre feudi posseduto; Federigo più dell' avo benigno lo permise quand' anche un feudo e mezzo possedesse, altrimenti dovea assegnarsi in danaro (v. *Cost. lib.* 3. *tit.* 13, 15 *e* 16). Ma per gli altri cittadini si costituiva nel triente su tutti i beni del marito, ma non si accordava che l'usufrutto di esso se rimanevano figli dal matrimonio; ed in Napoli e suo distretto non nella terza, ma nella quarta si costituiva il dotario e colla stessa condizione. *Consuet.* 1 *e* 2 *de jur. quartae.*; che pel nuovo uso di Capuana e Nilo aumentossi alla metà della dote; ma questi nomi di dotario di terziaria e di quarta si fusero tutti nella barbara ma significante voce di *Antefato* che indicava appunto la precedente morte del marito che tali donativi faceva.

Questi lucri nuziali si opponevano al principio conservatore delle famiglie, mentre trasportavano altrove i beni degli avi, e ne defraudavano non solo gli agnati, ma benanche i figli da altro matrimonio generati, per cui a repicate istanze de' magnati del Popolo ebbe luogo la prammatica del Duca di Ossuna

del 30 dicembre 1657, colla quale abolendosi quanto sul dotario terziaria e quarta era in uso, ed eguagliate le condizioni dei nobili e borghesi, de' napolitani e de' provinciali, stabilissi che l'antefato corrisponder dovesse alla dote (*a*), per cui non si dovea alle femine indotate; che si dovesse soltanto nell'usufrutto, abbenchè non vi fossero figli, usufrutto chiamato dalla prammatica *donativo*; e che alla vedova che si rimaritasse la metà dell'antefato spettasse col corrispondente usufrutto. Vi si dispose ancora che ne' donativi detti *di lacci e spille* che mensilmente o annualmente si promettevano per i muliebri bisogni, fosse vietato alla donna di chiedere più dell'ultima annata dopo morto il marito, qualora gli eredi non potessero mostrarne il pagamento; e finalmente annullando quanto contro questa disposizione in qualunque modo si promettesse, minacciò ai notai e giudici la perdita dell'officio, ed altra corporale ad arbitrio, se stipulassero convenzioni diverse.

§. II.

Testamenti.

Niun' altra differenza tra il dritto comune e'l patrio fuvvi sulla facoltà di testare, che quella introdotta dalla consuetudine napolitana *Filiusfamilias*, tit. *de Filiisfam. test. volent.*, colla quale venne permesso al figlio di disporre solo col testamento del suo peculio avventizio così ordinario che straordinario, qualora i beni componenti questo peculio gli fossero pervenuti dalla madre, o dai congiunti materni, senz'essere obbligato di lasciar cosa al padre all'avo paterno ed altri ascendenti, *salvo debito bonorum subsidio*, che s'intendeva la porzione legittima, e purchè non fosse il figlio di famiglia nato da matrimonio contratto alla nuova maniera de' sedili di Capuana e Nilo (V. *De Franchis*, dec. 552 e *De Marinis*, *Variar. resol.* t. 1, cap. 70).

Ma sulle esterne solennità, gran differenza mise il dritto del Regno tra i testamenti stipulati o no per mano di pubblico notajo e corrispondente giudice a' contratti: mentre per la

(*a*) Perciò ordinossi che nelle doti di quattromila ducati ed in sotto l'antefato fosse del terzo, e 'l donativo ossia l'usufrutto all'otto per cento; da sopra li quattro mila sino a dieci, l'antefato del quarto, il donativo al sei per cento; da sopra li dieci sino a ventimila, l'antefato del quinto, e 'l donativo al cinque per cento; da sopra li venti sino a trentamila, ducati il quindici per cento per l'antefato, e'l suo usufrutto al quattro; e così per ogni altra dote maggiore, qualora non potesse convenirsi meno.

prammatica 2 *de contract.* quelle sole scritture furon riputate pubbliche che per mano di costoro si facevano, sia che alle convenzioni, sia che alle ultime volontà appartenessero; e siccome le sole scritture pubbliche aveano parata esecuzione, così i testamenti non fatti coll' intervento loro erano a verificarsi in giudizio ordinario del comun dritto.

Gli stessi solenni del dritto comune si adopravano tra noi nel testamento chiuso; ma nella di loro apertura oltre i sette testimoni intervenir doveano il notajo e'l giudice a contratti, e per quello morto vi interveniva colui che ne conservava i *protocolli*. Mancando la maggior parte de' testimonii si supplivano con licenza del Presidente del S. R. C. che esercitava le funzioni del *Protonotariato*.

Ognuno poteva nel testamento disporre come gli piacesse, dopo lasciata ai figli la legittima; ma le consuetudini napolitane restrinsero la libertà del testatore se possedeva beni antichi (*a*), di cui la metà dovea dare ai figli a parti eguali, e disporre a piacere dell' altra metà; potendo rattenersi su quella ciò che per qualche figlio speso avesse; e gli era lecito escluderlo totalmente per vizio d'ingratitudine, *Consuet.*, *si aliquis tit. de succes. ex test.* In mancanza poi de' figli era obbligato a lasciare la metà de' beni antichi ai più prossimi della linea donde eran pervenuti, *Cons. etsi testator* tit. *de success. morient. sine fil. ex test.*; e purchè non esistessero i suoi genitori, potendo il testatore preferir loro il padre o la madre, anzi se i beni eran tutti paterni potea la madre istituirsi in preferenza dei prossimi, *Minad. decis.* 38.

Ciò pel testamento de' maschi, ma per quello delle femine altre cose aggiunsero le consuetudini napolitane sotto il titolo *De muliere habente filios*, *qualiter dotem disponit*. La femina che avendo figli testar voleva della dote o degli altri beni che le fossero pervenuti dagli agnati o cognati sia con titolo ereditario sia con qualunque altro titolo lucrativo, non

---

(*a*) Beni antichi dicevansi quelli che o dal padre o dalla madre, o da altro consanguineo agnato o cognato per qualunque lato fossero con titolo ereditario pervenuti, *Cons. si aliquis*, e ciò si applicava 1. ai beni che il fratello dalla successione del fratello, ed il padre da quella del figlio nè peculii avventizio castrense e quasi castrense acquistato avesse; 2. a quel che il fratello acquistasse della paterna successione per rinunzia di altro fratello o sorella; 3 ai beni mobili o immobili posti in Napoli e suo distretto; 4 posseduti o dal cittadino o dall'estero; 5. comprati col danaro rinvenuto nell' eredità degli agnati, o ritratto dalla vendita de' beni antichi, ma non a quelli comprati coi frutti de' beni suddetti (V. Fighera *Inst. I. R. Neap.* lib. 11 tit. XI 15. 157).

poteva disporre che della sola decima parte, e le altre nove ai figli e discendenti lasciar dovea in parti eguali; ma sempre i maschi eran preferiti alle femine germane le quali avean dritto al paragio su questi beni; che se l'uterino concorreva coll'uterina l'uno e l'altra erano ammessi alla virile, e se da diverso matrimonio procreati da uno soltanto femine dall' altro maschi e femine, le sorelle uterine contavano ed ottenevano la porzione, e le germane contavansi ma non prendevano parte su questi beni. De' rimanenti suoi beni poteva la madre disporre come volesse, lasciata la legittima ai figli ed ai genitori, *Cons. Si qua moriens.* Non avendo figli, era tenuta ad osservare la Constituzione *etsi testator.*

Ma tanto ne' testamenti de' maschi che delle femine bisognava che nell' eredità si trovassero questi beni antichi, o che non si fossero alienati in frode delle consuetudini; e siccome pe' maschi la consuetudine era topica e reale, e per le femine personale, così i maschi eran ligati ne' soli beni nel territorio di Napoli situati, ma le femine per tutti i beni e dovunque li possedevano. (V. Guarani, l. cit. Lib. II Tit. 6).

Qualche altra differenza pose il patrio dritto sulle adizioni delle eredità. Era quistione di fatto se l' estraneo avesse o no adita l' eredità, o agito da erede, e per lo stesso erede legittimo bisognava dimostrare di non essersi dall' eredità astenuto: or siccome sarebbe troppo importato all' erede se in qualunque esercizio de' dritti ereditari avesse dovuto far queste pruove, invalse l' uso di formar pubblici instrumenti ossia giuridiche testimonianze co' quali dimostrare la sua qualità; ed i giudici informavano sulla validità del testamento, sul grado legittimo nella successione intestata, sulla volontà dell' erede, e quindi permettevano che si dichiarasse tale in pubblico istromento da notajo formato in loro presenza. Come poi stabilissi, che i giudici addetti fossero soltanto a decidere le controversie, e non già a prestar assistenza ed autorità ai notai, così quest' officio delegossi a particolari persone che giudici *cartularii* ossia ad *contractus* chiamaronsi, e la di cui assistenza si rese necessaria in tutte le pubbliche scritture.

Ma il dichiarar uno erede importando una precedente conoscenza del giudice, che non potea adempirsi dai cartularii, bisognò farsi questa specie d'instrumenti non più dai regii notai, ma dagli attuarii *mastrodatti* in presenza e coll'autorità del giudice giurisdizionale che v'interponeva il suo decreto, e questi istrumenti si dissero *praeambula*, voce barbara significante un atto precedente a quello che alcuno intendea far come erede, e che senz'attendere la legittimazione della persona che dai

rei convennti soleasi prima di tutto eccepire, si chiedeva ed otteneva dal giudice. Quindi prima di ogni altro costar dovea della morte e sepoltura di colui alla di cui successione testata o intestata si pretendeva, il che facevasi con due testimoni *de visu* o con sette *de auditu*, purchè non trattavasi di testamento scritto pel quale bastava l' attestato del notajo che aprendo il testamento si era assicurato della morte del testatore. Ad ottener questo preambolo gli eredi doveano dirigersi alle corti locali della situazione de' beni, e se erano in più corti, all' udienza provinciale, cui pure spettavano gli appelli dai preamboli spediti dalle corti locali, e da essa alla G. C. della Vicaria, la quale però spediva sola i preamboli per le eredità della città di Napoli, e per quelle i di cui beni eran situati in diverse province (R. Rescritto al Presidente del S. R. C. 13 *Kal. octobris* 1746).

§. III.

Fedecommessi.

Nulla il patrio dritto aggiunse al comune sui fedecommessi, ma giova richiamar alla memoria quel che nel nostro Foro stabilissi su questa materia e quel che i nostri *Prammatici* vi aggiunsero per render più proficuo questo nuovo *vello d' oro*; se non altro per seguirne la storia, ed intender le voci usate in que' tempi.

Vedemmo potersi istituire il fedecommesso universale col testamento che apertamente l' indicasse, ma tacitamente ancora si poteva per la l. 67 §. 9 *ff. de legat.* 2, e che se potevasi privar l' erede della quarta trebellianica, non si poteva defraudar i figli della legittima, giusta la l. 36 *Cod. de inoffic. test.* Pure se ne trovò il mezzo colla cauzione detta di Socino (*a*) adoprata dal testatore.

(*a*) Non precisamente da Socino inventossi questa cautela, ma piuttosto dal Durando, pur come che quegli più accuratamente sviluppolla nel suo *consil.* 122, così da lui ne prese il nome. Questa consisteva nella formola adoprata dal testatore il quale lasciava all' erede legittimo altro dippiù della riserva, o della metà de' beni antichi giusta le consuetudini; che se il figlio non ubbidisse al peso fedecommessario impostogli, allora, ritenuta la legittima e la metà de' beni antichi, restituisse il dippiù subito, o in qualunque tempo al testatore piacesse. Ora il figlio dovea determinarsi se con tal peso volea ritenere i beni, o contentarsi piuttosto della sua legittima e metà degli antichi beni, e ritenendoli, tacitamente riconosceva il peso fedecommessario. (V. De Luca *theatr. just.* tr. 1. p. 3. disc. 18 num. 5. e Strychio *de caut. test.* c. 17 n. 3.)

Pel comun dritto feudale nulla poteva imporsi sul feudo, (*Consuetud. feud.* 1., 8) ma a preghiere della città Filippo IV concesse potersi istituire i *maggiorati* ed i fedecommessi anche universali ne' feudi trai gradi della successione feudale. (*Pragm.* 34 *de feud.*)

Si ammise nel foro il fedecommesso *convenzionale* per mezzo di contratti, ma dovea lasciarsi al fedecommettente qualche cosa *jure testandi*; e se questo era fatto sotto condizione, essa pendente, la speranza di conseguirlo si trasmetteva agli eredi (*Capyc. Latr. decis.* 2).

Distinguevasi pure il fedecommesso in *temporale* e *perpetuo*, quello coll' obbligo di restituire dopo tal tempo, o alla seconda o terza generazione, questo duraturo sino all'estinzione di tutta la famiglia; e sebbene tal perpetuità par che si opponesse alla Novella 159 di Giustiniano che proibiva i fedecommessi oltre il quarto grado; pure sia che tal novella parlasse di un caso particolare, sia che si credesse col Cujacio di averla Triboniano per corruzione fatta inserire da Harmenopulo, non fu ammessa nel nostro foro; ed i fedecommessi perpetui invalsero ancorchè taciti, quindi il bisogno di adoprar i vocaboli indicanti tratto di tempo *successivo*, come quelli *de descendente in descendentem*, *de gradu in gradum*, *de herede in heredem*; e tal riputavasi ancora se semplicemente *alla famiglia* o agli *agnati* si rilasciasse (*argom. l. ult. Cod. de verb. et rer. signific.*)

Ma o perpetuo o temporale che fosse il fedecommesso, distinguevasi in *contravenzionale*, o *semplice*, ovvero in *semplice ed assoluto*. Contravenzionale si disse quello, in cui chiamavansi i fedecommessarii subito che si fosse alienata qualche cosa al fedecomesso soggetta: semplice quando si ordinava il passaggio de'beni al fedecommissario dopo la morte del gravato; e semplice ed assoluto, quando si fosse dal testatore tenuto presente l'uno e l'altro caso. La differenza nasceva che i beni alienati subito rivendicar si potevano nel contravenzionale, mentre nel semplice dovea attendersi la morte dell' erede fiduciario e nel semplice ed assoluto potevano subito o dopo la morte rivendicarsi.

Dicevasi pure il fedecommesso o *semplicemente familiare*, o *familiare lineale*. Davasi luogo al primo se in una certa famiglia conservar si doveano i beni, l'ultimo della quale poteva liberamente di essi disporre; ma nell' altro, mancata una linea, dovea ricorrersi all' altra.

Eccezione facevasi finalmente alla proibita alienazione delle cose sottoposte a fedecommesso 1. per costituirsi la dote alla figlia dell' istituente (*novel.* 39, *c.* 1), il che alla restituzion della dote alla di lui vedova estesero gl' interpreti; 2. pel riscatto del figlio (*novel.* 108, *c.* 1), 3. per gli alimenti.

CAPITOLO II.

Delle disposizioni sulle Donazioni e su' Testamenti in tempo della militare Occupazione.

La più eminente prerogativa della proprietà è il dritto di trasmetterla volontariamente ed a titolo gratuito, nè vi è oggetto che più di questo possa eccitare un maggiore interesse in tutti i cittadini (*a*); ma per quanto sia non men giusto che facile di lasciare agli uomini la facoltà di disporre come a lor piace delle proprie cose, richiedesi egualmente dalla giustizia e dalla utilità l'impedire gl'inconvenienti che potrebbero risultare da questa loro libera volontà collo sfogo d'ingiuste passioni, e coll'obblio de' proprii doveri; e quando il legislatore limita le sue disposizioni a questo solo oggetto, è indifferente che questa facoltà di disporre si consideri come un beneficio della legge civile, o come l'esercizio del dritto di proprietà. Su questa veduta il Codice civile da noi osservato in quest'epoca stabilisce prima in questo Titolo i principii generali, fissa in seguito la quota de' beni di cui si potrà disporre, e prescrive finalmente le formalità sufficienti a comprovare la volontà di colui che dispone, e per assicurarne l'esecuzione. Seguiremo questo stesso ordine nell'analisi di questo Titolo per dinotare ciò in cui dal dritto comune variossi, e tenendo sempre presenti i *motivi* che ne fecero adottare le disposizioni.

SEZ. I.

Principii generali.

Abolita la distinzione delle disposizioni dell'ultima volontà in testamenti, codicilli e donazioni *causa mortis*, stabilì il Codice non potere alcuno disporre de'suoi beni a titolo gratuito che con donazioni tra vivi o con testamenti; e che le donazioni debbono operarsi direttamente, immediatamente, irrevocabilmente; ma tanto in esse che ne' testamenti confermossi l' abolizione delle sostituzioni fedecommissarie proclamata colla legge del 1792. Era impossibile di conciliare coll'interesse generale della società la facoltà di stabilire un ordine di successione perpetuo e particolare a ciascuna proprietà per mezzo d' una istituzione che coll' arricchire uno de'membri a danno degli altri era un germe

(*a*) V. il Rapporto fatto da Joubert al Tribunato del progetto della legge sulle donazioni e testamenti tom. 1. pag. 156.

sempre rinascente di discordia e di liti; che considerando il gravato come semplice usufruttuario contrariava ogni specie di miglioramento ne' fondi; che formando una gran massa di proprietà, l'escludeva perpetuamente dal commercio; e che alimentando la mala fede per spogliare i creditori non abbastanza accorti, marcava bene spesso ogni generazione con un vergognoso fallimento.

Dopo ciò seguon le regole sulla capacità di donare o di ricevere con donazioni tra vivi o con testamenti, e quindi delle incapacità assolute e relative; ma dovendosi determinare l'epoca in cui si avesse la riflessione e le cognizioni necessarie per disporre della sua fortuna, bisognava scegliere tra le presunzioni risultanti dall' emancipazione e quelle che potrebbe dettare una età stabilita; l'età di anni sedici fu scelta dal Codice civile come sufficientemente matura, però sol per disporre della metà di quel che lo potrebbe uno già maggiore, e non mai con irrevocabile donazione; saggio limite che concilia l'esercizio della facoltà che non si poteva per più lungo tempo incatenare, coi giusti timori che ispira la possibilità della seduzione.

Certa dev'essere la volontà di chi dispone quando sia sano di mente (*a*), ma questa volontà può essere costretta o estorta dall' impero che avesse sullo spirito del donante quegli al di cui profitto si disponesse; quindi venne interdetto al minore emancipato di disporre anche per testamento a vantaggio del suo tutore, eccetto che pe' suoi ascendenti; ed al malato a favore de' medici chirurgi o altri ufiziali di salute e ministri del culto: ad evitarne le frodi si vietarono le donazioni simulate sotto la forma di contratti onerosi, e quelle fatte ad interposte persone (*b*).

(*a*) Qual sarà la maniera di provar questa circostanza? Egli è impossibile, disse Joubert loc. cit., stabilir regole fisse e positive in una materia in cui tutto dipende dalle circostanze che variano infinitamente. La legge ne lascia l'esecuzione alla saviezza de' giudici, i quali sapranno quanto sia pericoloso ammettere indiscreti reclami contro gli atti *la di cui esecuzione è il primo voto della legge*: essi non ammetteranno un simile mezzo, se non quando circostanze decisive e perentorie daran loro una convizione morale e legale che il disponente non era sano di mente.

Pur si è desiderato che il legislatore non si fosse spiegato con tanto laconismo su quest' articolo; anche per non lasciar dubbio se la donazione e 'l testamento fatto dall' interdetto dopo la sua interdizione fossero nulli di dritto, mentre le leggi romane ammettevano la validità del testamento fatto ne' lucidi intervalli. Noi vedremo nell' appendice quanto questa quistione abbia occupata la giurisprudenza francese.

(*b*) Sul silenzio della legge riguardo alla mancanza di libertà che

Ultima regola sulla capacità di disporre è quella che stabilisce la reciprocanza tra il nazionale e lo straniero.

S E Z. II.

Della quota disponibile.

Questo è il principale oggetto di questo Titolo, ed è quello pure che ha la più grande influenza sui costumi d'una nazione e sulla felicità delle famiglie. Per quanta confidenza la legge avesse sulle affezioni dell'uomo nel ripartire i suoi beni a seconda del ben essere de' più stretti suoi congiunti, dovea prevedere gli abusi inseparabili dalla debolezza e dalle passioni umane, e ricordare ai genitori di non potere far perdere ai figli l'esistenza civile sul rapporto così essenziale della fortuna, e che se son liberi nell'esercizio del dritto di proprietà non debbon meno adempire ai doveri che la paternità ha loro imposti e verso i figli e verso la società.

Ma qual sistema adottarsi nello stabilire questa quota, onde lasciare ai genitori tutta la libertà compatibile colla necessità di assicurar la sorte de' figli? La legislazione romana ebbe riguardo al loro numero, ma meritava di essere rettificata nelle proporzioni che stabiliva. Quando dava al padre il dritto di disporre di due terzi se i suoi figli non erano al di sopra del numero di quattro, essa non metteva in considerazione che la libertà di colui che era obbligato a provvedere un sol figlio non dovea essere limitata tanto come se ne avesse molti: ed era troppo estesa la libertà di disporre di due terzi, quando vi fossero quattro figli. La costumanza di Parigi era fondata su più giusto principio, quando bilanciando il dritto di proprietà ed i doveri della paternità avea stabilito che in niun caso fosse permesso al padre di disporre più della metà de' suoi beni. Su queste riflessioni nel Codice civile determinossi la proporzione nella quale le liberalità, sia per atti tra vivi, sia per testamenti, non potessero eccedere la metà de' beni se non vi fosse che un sol figlio, il terzo se ve ne fossero due, ed il quarto se tre o maggior numero.

Era giusto stabilire una riserva a favore degli ascendenti; ma i doveri de' figli non sono sul rapporto dell'ordine sociale così estesi che quelli de' genitori, mentre la sorte degli ascendenti è più indipendente dalla porzione de' beni loro assicurata

---

può risultare dalla suggestione o dalla captazione, e dal vizio d'una volontà determinata dalla collera o dall'odio, ne ha parlato l'autore riportandone i motivi nella nota 10 a questo Titolo pag. 20.

nell'asse de' loro discendenti, che lo stato de'figli non dipende dalla parte ch'essi ottengono nell'asse del di loro padre e madre: quindi la riserva fu della metà de'beni a favore degli ascendenti senza riguardo al loro numero, quando vi fossero in ciascuna delle linee paterna o materna; ma non essendovi che in una sola linea, la riserva fu stabilita nel quarto.

Ora doveasi limitare la facoltà di disporre tra i collaterali, o bisognava almeno stabilire una riserva a favore de'fratelli e sorelle? Tutti i voti si riunivano, disse l'Oratore Bigot-Préameneu, perchè i collaterali in generale non fossero di ostacolo alla libera facoltà di disporre, dalla quale piena libertà l'industria prende tutto il suo slancio ed affronta tutti i pericoli. Ma non dovrebbe distinguersi nella famiglia quei che più intimamente la costituiscono; che han vissuto sotto lo stesso tetto, sottoposti allo stesso padre, cooperati ad accrescerne il patrimonio colle loro economie e fatiche? Qual fratello potrebbe riguardare come sacrificio la riserva d'una modica quantità ai suoi fratelli e sorelle? Quanti motivi di discordia tra quei che fossero preferiti e quei che si riguarderebbero come diredati? Se il legislatore deve tutti impiegare i suoi sforzi per riservare i legami di famiglia, dev'egli lasciare la libertà a quei che la natura avea sì strettamente uniti di romperli totalmente? Per quanto potenti appaiano questi motivi per stabilire una riserva a favore de' fratelli e sorelle, considerazioni più forti vi si opposero, e prevalsero (*a*); e dopo un lungo bilanciar di opinioni pro e contro tal riserva, venne deciso di non stabilirsi che nella linea diretta, e che morendo alcuno senza lasciar nè ascendenti nè discendenti, le liberalità per atti tra vivi potevano assorbire tutto il suo patrimonio.

Determinata la quota disponibile bisognava decidere se questa poteva esser donata in tutto o in parte sia con atti tra vivi sia per testamento ai figli o ad altri eredi di colui che ha disposto, senza che il donatario successore fosse obbligato a

---

(*a*) Veggasi nel rapporto dell'orator del governo al Corpo legislativo queste considerazioni, nelle quali convenne il Tribunato. Lasciate, ivi disse Joubert, lasciate una libertà assoluta; che l'uomo che fatica sappia di poter disporre di tutta la sua fortuna; ch'egli sia sicuro di trovar ogni possibile consolazione; che l'uomo il quale conosce il valore del sentimento non tema di non esser considerato nell'interesse, volendo succedere saprà meritarlo; lasciate un libero corso alle affezioni, che vivendo ognuno possa fare le transazioni che gli convengono, e non abbia innanzi agli occhi un erede necessario che gli rimproveri la sua lunga vita, o l'esponga a far atti simulati o temerarii; e che dopo la sua morte non temi che scoppii una lotta scandalosa tra l'erede della legge e quello della sua volontà: *Dicat testator et erit lex.*

*

collazione. Vedemmo su ciò quel che nel roman dritto si era disposto: ma le costumanze in Francia eran non solo diverse da esso, ma l'erano ancor tra loro, e mentre sembravano intente a seguir l'ordine della natura per serbarsi l'eguaglianza tra i figli, di gran lunga se ne allontavano. Ove sono infatti le famiglie di cui tutti gl'individui abbiano avuta una parte eguale alla forza fisica, all'intelligenza, al talento, di cui alcuno non abbia malgrado la miglior condotta, provato de' roversci, infermità o altre disgrazie? Si teme la vanità di un capo di famiglia che favorito dalla fortuna volesse trasmetterla a quegli che sceglierebbe per rappresentarlo con distinzione, sacrificando gli altri, e si è perduto di vista il padre di famiglia che avendo un sol pezzo di terra, e curvo dagli anni ha impiegato il braccio del più grande de'figli col di cui sudore ha provveduto al mantenimento ed all'educazione degli altri, e che ama di ricompensare in ciò che può liberamente disporre, conservando nelle sue mani il podere sul quale una nuova famiglia non potrebbe allevarsi e prosperare se fosse in picciolissime porzioni diviso. Di già la legge del 4 germile an 8 avea autorizzato le liberalità a favore de' figli od altri successibili del disponente, senza che fossero soggette a collazione, purchè non eccedessero i prescritti limiti; e questa regola è stata mantenuta nel Codice civile.

A ben conoscere la quota disponibile e quella ch' è riserbata ai figli o agli ascendenti, bisognava indicar da una parte i beni ai quali si applica la facoltà di disporre, e dall'altra il modo della riduzione che (bandite le quistioni delle antiche regole sulla *preterizione*) deve sola aver luogo se le disposizioni siano eccessive. Or la facoltà di disporre non si calcola solo sui beni che restano nella successione dopo pagati i debiti, ma bisogna aggiungervi quelli donati tra' vivi, poichè altrimenti non si sarebbe posto alcun limite alle liberalità. Sopra questi beni ha luogo la riserva, e mancando, fa d'uopo ridurre le donazioni ed i legati in pregiudizio di essa fatti. Non vi può esser dubbio della riduzione o anche annullamento dei legati pel compimento della riserva: i legati si debbono dopo soddisfatti i debiti ed i pesi; e la riserva vien posta dalla legge nel numero de' pesi: ma ciascun legatario avendo un dritto eguale sui beni ereditarii, questa riduzione tra loro debb' esser fatta per contributo; a meno che il testatore non abbia espressamente designati i legati da preferirsi. Non così per le donazioni, tutto che ciascuna di esse fosse servita per diminuire la riserva; mentre quando le prime donazioni la lasciano intatta, la riduzione dee farsi sulle posteriori: se dovesse farsi su di tutte, il donante avrebbe un mezzo di rivocar con nuove

donazioni quelle fatte prima. Questi principii gia consacrati coll' Ordinanza del 1731 sono stati nel Codice civile mantenuti; egualmente che quello di poter l'erede legittimario ritenere sui beni donati il valore della porzione ereditaria ne' beni non disponibili se sono della stessa natura.

I creditori di colui del quale si apre la successione han dritto su tutti i beni ipotecati ancorchè sottoposti alla riserva legale, ma non sulle donazioni fatte prima della di loro ipoteca, non ostante che l'erede possa farle ridurre a suo favore. L'azione dell'erede contro il donatario, ed i beni donati che sono l'oggetto di essa sono egualmente estranei alla successione: il titolo col quale egli l'esercita rimonta al tempo della donazione che si presume fatta a condizione del ritorno all'erede nel caso di mancanza di riserva. È in conseguenza di questa condizion primitiva di ritorno, dissero gli Oratori del governo, che l'erede riprende i beni senza pesi di debiti o d'ipoteche contratte dal donatario, ed è per questo stesso motivo che l'azione per ridursi o rivendicarsi può essere esercitata dall'erede contro del terzo detentore degl'immobili che fan parte della donazione alienati dal donatario, nel modo ed ordine stesso che contro il donatario medesimo. Bisogna dunque considerare l'erede evittore d'un donatario tra vivi, come se avess' egli raccolti i beni nel tempo stesso della donazione (a).

(a) Convengono ciò non ostante gli Oratori suddetti sembrar contrario ai principii della morale il potersi raccogliere anche a titolo di riserva i beni provegnenti da colui i di cui debiti non sono stati soddisfatti, e ne son dispiaciuti; ma queste idee morali, essi dicono, si trovano in opposizione con principii che sarebbe più pericoloso di violare, quali sono quelli sul dritto di proprietà non solo del figlio e dell'ascendente, ma benanche degli altri interessati. Volendo perfezionar la morale su d'un rapporto, si farebbe nascere la corruzione sotto molti altri.

Aggiunge Joubert nel suo rapporto al Tribunato che in questo caso i legittimarii non vengono come eredi, ma si considerano come condonatarii; ed allora con una *bella finzione*, la legge facendo ciò che la natura avrebbe dovuto inspirare, suppone che coll'atto istesso l'autore della disposizione fosse stato giusto verso tutti quei che avean dritto alla sua tenerezza.

S E Z. III.

Delle formalità delle donazioni e de' testamenti per la loro pruova ed esecuzione.

Regolate le qualità richieste per succedere, fissata la quota disponibile anche nel modo da tenersi per le riduzioni, si occupa il Codice civile più particolarmente delle donazioni tra vivi e de' testamenti, prescrivendo le formalità di ciascuno di questi atti, e stabilisce i principii sulla di loro natura e sui loro effetti.

§. I.

Donazioni.

Le prime formalità che riguardano l'atto stesso della donazione sono che si faccia innanzi a notajo nella forma ordinaria de' contratti, e che venga accettata *espressamente* dal donatario o da suo speciale procuratore; quindi le regole pel minore non emancipato, per le donne maritate, per i sordi e muti, per i poveri, per gli ospizii ed altri stabilimenti di pubblica utilità.

Seguon quelle che possono dirsi esteriori. La regola del roman dritto che riguarda le donazioni come semplici patti è stata preferita, e col solo consenso delle parti la proprietà degli oggetti donati vien trasferita senza bisogno di altra *tradizione*. L'insinuazione richiesta pure dal dritto romano per rendere pubbliche le donazioni ond' evitare le frodi è stata rimpiazzata dalla trascrizione sui pubblici registri che ognuno può consultare, ed è rimasta a carico dell' accettante, e de' tutori, amministratori, mariti ec., senza beneficio di restituzione anche nel caso della di costoro insolvibilità (*a*). Ma la principale di queste formalità è che il donante si spogli *attualmente* ed *irrevocabilmente* della cosa donata a favore del donatario che l' accetta. Quindi la donazione non può comprendere i beni futuri, e se vi si fossero compresi coi beni presenti, sarà nulla soltanto per quelli; sarà nulla egualmente se fatta sotto condizione l' adempimento della quale dipenda dalla *sola* volontà del donante; se obblighi a soddisfar altri debiti

(*a*) Veramente, dice Joubert l. c., il progetto guarda il silenzio sul regresso da esercitarsi contro gli amministratori; quindi costoro non son tenuti che per la risponsabilità attaccata alle loro funzioni.

e pesi che non esistevano all' epoca della donazione, o che non fossero in essa espressi; e se contenendo oggetti mobili non siavisi unito uno stato estimativo di essi (*a*). Che se il donante riservato si fosse di disporre su d' una parte degli oggetti compresi nella donazione, e non l' abbia fatto, essi non al donatario ma all' erede appartengono. La riserva dell' usufrutto ed il ritorno a favore del donante non si oppone al principio della irrevocabilità: la sola eccezione ad esso è nel caso in cui il donatario avesse mancato alle condizioni formalmente espresse o che la legge presume essere state nell' intenzione del donante.

Sono tra queste presunte condizioni l' ingratitudine del donatario per cause spiegate nella legge, e la sopravvegnenza de' figli al donante (*b*).

Ma vi sono due altre specie di donazioni che sempre sono state classificate a parte e per le quali le regole generali debbon essere modificate: esse sono le donazioni per contratto di matrimonio, e le donazioni tra' conjugi.

Il padre che marita i suoi figli si occupa della loro posterità, quindi la donazione in quest' atto dee sempre essere subordinata alle disposizioni sulla futura successione. I contratti di matrimonio oltre al partecipare della natura degli atti tra vivi e de' testamenti, debbono considerarsi come trattati tra le due famiglie, trattati pe' quali deesi godere la più grande libertà. Per questi immutabili principii, gli ascendenti, i parenti collaterali de' sposi, ed anche gli estranei possono col contratto di matrimonio donar tutto o parte de' beni che lasceranno all' epoca della loro morte, estendere tal loro dispo-

---

(*a*) Ogni *atto* di donazione, dice la legge: quindi non entrano i doni manuali di cui non si parla, nè senza motivo, dice Joubert l. c., mentr' essi non sono suscettibili di alcuna formalità; non vi è altra regola che la tradizione, salvo nondimeno la riduzione e collazione nei casi di dritto.

(*b*) Invano, disse il consigliere Bigot de Premeneau, si oppone a questo secondo motivo che ne risolti una grande incertezza nelle proprietà; che i figli possono sopravvenire molti anni dopo la donazione; che colui che dona abbia calcolato le sue liberalità sulla possibilità in cui era di aver de' figli; che de' matrimoni abbian potuto contrarsi in considerazione di queste liberalità. Tali riguardi non possono bilanciare la legge naturale che subordina tutte le affezioni a quelle che un padre ha pe' suoi figli. Non è da presumersi che abbia inteso, donando, violare i doveri contratti in qualunque siasi tempo verso i discendenti ch' egli potesse avere, e verso la società. L' ordine pubblico si opporrebbe ad una tale volontà, e 'l donatario non può sconoscerla: egli dunque non ha potuto ricevere che sotto la condizione della preferenza dovuta ai figli che nascessero.

sizione a figli nascituri, comprendervi i beni presenti e futuri, farla sotto condizioni la di cui esecuzione dipenda dalla volontà del donante, non rivocarla per vizio d'ingratitudine, nè per mancanza di accettazione; e caducarsi sopravvivendo il donante al donatario morto senza prole.

Riguardo alle donazioni tra' conjugi ha distinto il Codice civile quelle fatte nel contratto di matrimonio da quelle che avessero luogo pendente il matrimonio. Il matrimonio è un trattato in cui i minori assistiti da' loro parenti, o i maggiori debbon esser liberi di stipulare sui loro dritti e regolare i vantaggi che voglion farsi. I sentimenti reciproci sono allora in tutta la loro energia, e l'uno non ha ancora preso sull'altro quell'impero che dà l' autorità maritale, o che risulta dalla vita comune. Il favore de' matrimonii esige che gli sposi abbiano, nel momento in cui formano i loro legami, la libertà di farsi reciprocamente, o l' un de' due all'altro tutte quelle donazioni che giudicassero a proposito. Ma è ben diverso per quelle che i conjugi volessero farsi durante il matrimonio. Le leggi romane le proibirono sulle prime in un modo assoluto, poichè si temeva che si spogliassero vicendevolmente del loro patrimonio per gl' inconsiderati effetti della loro reciproca tenerezza, che si rendesse il matrimonio venale, e si lasciasse il conjuge onesto esposto al bisogno di comprar la sua pace con sacrificii sotto il titolo di donazioni. Questa proibizione assoluta, come vedemmo, fu modificata sotto il regno di Antonino che credè prevenir tutti gl' inconvenienti dando al conjuge la facoltà di rivocar le donazioni che facesse pendente il matrimonio. Nel Codice civile si è permesso al conjuge donare all'altro sia col contratto di matrimonio sia in pendenza di esso, nel caso che non lasciasse prole, tutto ciò che potrebbe donare ad un estraneo, ed in oltre l'usufrutto della totalità della porzione che la legge vieta disporre in pregiudizio degli eredi diretti: lasciando figli, queste donazioni non possono comprendere che il quarto di tutti i beni in proprietà e l'altro quarto in usufrutto, o la metà di tutti i beni soltanto in usufrutto. Tutte le donazioni fatte pendente il matrimonio, benchè qualificate tra' vivi sono sempre rivocabili, e la moglie per l'esercizio di questo dritto non ha bisogno di esser autorizzata nè dal marito nè dal giudice: ma non possono i conjugi farsi una donazione reciproca con un' atto istesso; ed in caso di passaggio a seconde nozze le donazioni a favore del nuovo conjuge non possono eccedere la porzione del figlio legittimo che prende meno, ed in niun caso eccedere il quarto de'beni.

Si ammisero finalmente nel Codice le donazioni di tutto o di parte de' beni che il disponente lasciasse in sua morte le

quali erano conosciute ne' statuti francesi sotto il titolo d' *instituzione contrattuale*, di cui parleremo nel seguente Capitolo.

§. II.

Testamenti.

Seguono le regole che riguardano specialmente la forma e l' esecuzione delle testamentarie disposizioni.

Ammessa l' istituzione dell' erede, che alcuni statuti non permettevano che in contemplazione de' matrimonii, appianata ogni difficoltà sul titolo dato alla disposizione sia d'istituzione, sia di legato universale o particolare, o su qualunque altra denominazione, tolta la proibizione di non potersi morire in parte col testamento in parte senza, scelse il Codice civile nel dritto romano e nelle costumanze francesi le formalità le più semplici e le più pure.

Il testamento olografo, non ammesso nel roman dritto che in favore de' figli ed in presenza di due testimoni, si è reso comune a tutti e valido quando sia scritto totalmente, datato e sottoscritto dalla mano del testatore; ma prima di eseguirsi dee presentarsi al giudice che fatto un processo verbale dello stato in cui si trova ne ordina il deposito presso notajo.

Il testamento per atto pubblico dev' essere ricevuto da due notai in presenza di due testimoni idonei, o da un notajo in presenza di quattro testimoni.

Pel testamento mistico si sono conservate tutte le solennità del dritto comune enunciate nell' Ordinanza del 1725, così nella formazione e chiusura che nella sua apertura.

Essendo possibile che il servizio militare, le malattie contagiose, o i viaggi marittimi impediscano ai testatori di eseguire la legge, si son perciò date forme particolari a questi testamenti secondo la stessa Ordinanza con poche modificazioni.

Comunque fatto il testamento, non vi è alcuna diversità pel suo effetto ed esecuzione. L' erede instituito ed il legatario universale hanno gli stessi dritti e son sottoposti agli stessi pesi: ma se vi sono eredi che han dritto ad una riserva, essi sono impossessati di pieno dritto alla morte del testatore di tutta la successione, e l' istituito non meno che il legatario son tenuti a domandare a lui la consegna de' beni compresi nel testamento; che se vi sono de' pesi, dovendosi prelevare i debiti, tutti vi debbon contribuire per la loro parte e porzione, ed ipotecariamente pel totale.

In molte legislazioni la potestà paterna avea nell' eseredazione uno de' più forti mezzi per prevenire e punire le colpe

de' figli: ma rimettendo quest' arma terribile nelle mani del padre e della madre non si pensava che a vendicare la loro autorità oltraggiata, a spese dei principii sulla trasmissione dei beni. Uno de' motivi, disse l' Orator del governo, che ha fatto sopprimere nel Codice il dritto della diredazione è che l' applicazione della pena al figlio colpevole si estendeva alla sua posterità innocente, la quale non dovea meno esser cara al padre equo nella sua vendetta, facendo una parte essenziale della famiglia, ed avendo dritto allo stesso favore ed agli stessi dritti. Or piccolo era il numero de' casi in cui i figli del diredato fossero ammessi alla successione di colui che avea pronunziato la fatale condanna. Quindi sotto il rapporto della trasmissione de' beni nella famiglia, funesti erano gli effetti della diredazione: la posterità la più numerosa di un solo colpevole era inviluppata nella sua proscrizione; e ben erano scandalosi ne' tribunali questi piati, ne' quali per interessi pecuniarii, la memoria del padre era ingiuriata da quei che si opponevano alla diredazione, e la condotta del figlio diredato presentavasi sotto i tratti che la cupidigia cercava ancora di rendere più odiosi! Intanto bisognava trovar un mezzo da conservare alla potestà de' padri e delle madri la forza necessaria, senza offender la giustizia.

Si era creduto ottener quest' intento dandosi ai padri ed alle madri il dritto di ridurre il figlio che si rendesse colpevole d' una notoria dissipazione al semplice usufrutto della sua porzione ereditaria, il che avrebbe assicurata la proprietà ai discendenti nati e da nascere da questo figlio, e si trovano le tracce di questa disposizione officiosa nelle stesse leggi romane; ma dopo un maturo esame, ci assicura lo stesso Oratore che vi si scovrirono la maggior parte degl' inconvenienti della diredazione. Era facile infatti il prevedere che tutti i figli condannati dall' autorità de' padri e delle madri si provvederebbero innanzi ai tribunali, e con maggiore vantaggio. La dissipazione si compone d' una seguela di fatti che la legge non può determinare: ciò ch' è dissipare in una circostanza non lo è in un' altra, e 'l primo giudice, quegli la di cui voce sarebbe così necessaria a sentirsi, per conoscere i motivi della sua determinazione, trovasi già nel silenzio della tomba. Ora qual scena più contraria ai buoni costumi che quella di un avolo la di cui memoria sarebbe insultata da un figlio ridotto all' usufrutto, nell' atto che la di costui mala condotta sarebbe svelata dai proprii suoi figli! Viziosa pure sarebbe stata questa legge, poichè tal riduzione poteva applicarsi a tutta la porzione ereditaria, e così intaccar la legittima riguardata come intangibile fuori i casi della diredazione, tra

quali non poteva annoverarsi la dissipazione, suscettibile solo di temporanea interdizione.

Malgrado gl' inconvenienti di questo progetto, l'idea non era meno utile e giusta, conservandola con qualche modificazione; vale a dire evitando da una parte che tal disposizione fosse un germe di discordia e di accuse rispettive, e dall'altra non fosse violata la legge sottraendo una certa quota di beni dalla volontà del padre. Or queste condizioni si trovano riempiute, dandosi ai padri ed alle madri la facoltà di assicurare ai loro nipoti la porzione de'beni di cui la legge accorda loro la libera disposizione, donandola ad uno o più de' loro figli, incaricati di renderla a tutti i proprii figli, senza distinzione ed al primo grado soltanto. È questa una sostituzione perchè vi è un passaggio successivo dal figlio donatario ai nipoti, ma non vi si crea un ordine di successione, non s'invertono i dritti naturali di coloro che son dalla legge chiamati, ma si mantiene piuttosto quest'ordine e questi dritti in favore d' una generazione che ne sarebbe rimasta privata.

Una tal facoltà si è estesa a colui che muore lasciando solo fratelli e sorelle che può gravare di restituzione sino alla concorrenza della porzione disponibile a favore di *tutti* i figli di ciascun gravato; e si sono prevedute tutte le difficoltà che potrebbero elevarsi nell' esecuzione di questi atti, ed acciò non si fossero frodati i creditori; quindi si sono stabilite le regole per la verifica de' beni, vendita de' mobili, impiego del danaro, trascrizione degli atti che tali disposizioni contengono, ed inscrizione sui beni sottoposti al pagamento delle somme collocate con privilegio.

Un altro genere di disposizioni giovevole alla sorte delle famiglie si è sanzionato nel Codice civile nelle divisioni anticipate che il padre e la madre o altri ascendenti possono fare trai loro discendenti. Ma se si è lasciato in tal divisione la facoltà di giovare più all' uno che all' altro de' figli, ciò non può eccedere il quarto in anteparte.

Questa è l' analisi di così importante Titolo del Codice civile, che crediamo nel tempo stesso sufficiente a conoscere l' insieme delle molte disposizioni in esso contenute e de'motivi che l' hanno dettate.

CAPITOLO III.

Delle donazioni e de' testamenti secondo l'ultima legislazione del Regno delle due Sicilie.

Prima che i Francesi rivenissero dalle esagerate idee sostenute dal genio di Montesquieu, e proclamassero il vantaggio dell' abolizione delle sostituzioni fedecommessarie, era questa una verità conosciuta dai nostri scrittori, ed insegnata nelle nostre scuole del dritto. Togliete le primogeniture, togliete i fedecommessi, gridava il Filangieri nella sua *Scienza della legislazione*: sono le primogeniture che sacrificano molti cadetti al primogenito di una famiglia, sono le sostituzioni che sacrificano molte famiglie ad una sola: l' una e l' altra diminuiscono all' infinito il numero de' proprietarii nelle nazioni europee e l' una e l' altra sono oggi la rovina della popolazione. Quanti incomodi, diceva il mio amico e Maestro Guarani, dai fedecommessi! quanta messe di liti, impedimenti a' contratti, danni al commercio, all'agricoltura! ed egli, mezzo secolo fa, proponeva permettersi solo ai chiarissimi per nobiltà istorica (*a*). Nè il defunto Re Ferdinando era da ciò alieno, anzi diè pruova delle sue intenzioni, col dispaccio del 1805 col quale furono aboliti i fedecommessi sui predii urbani della Città di Napoli.

Venuti i Francesi all'occupazione del Regno cominciarono colla legge del 27 settembre 1806 a sciogliere dal vincolo del fedecommesso le adoe e le partite di fiscali di arrendamenti o di carte bancali, di decima generale o particolare e di qualunque altro credito contro lo Stato; e poi si limitarono con quella del 15 marzo 1807 ad abolire in generale le antiche sostituzioni fedecommessarie, ma sotto alcune riserve pei chiamati viventi in tal epoca (*b*), e vietarono le nuove sostituzioni per l'avvenire.

(*a*) *Pubblice expedire putarim, ut praeter testatores avita nobilitate clarissimos, ceteris adimatur promiscua fideicommittendi licentia. Ita enim et industriae ditescendi puteret locus, et inter cives aequalitati divitiarum via non praecluderetur.* Così nel *Ius Regni novissimum* stampato nel 1780 tom. 1. lib. 11, tit. 9.

(*b*) Ecco gli articoli contenenti le riserve in essa apposte; art. 2. I sostituiti immediati che si troveranno tali così nell' epoca della pubblicazione di questa legge come nel tempo della morte degli attuali gravati, conserveranno il loro dritto alla trasmissione dei beni soggetti alle anzidette sostituzioni, nella totatità se sono discendenti, nella

Indi colla legge del 18 giugno dello stesso anno dichiararono comprese nell' abolizione delle sostituzioni fedecommessarie le chiamate al godimento di prelature, di commende familiari dell' ordine Gerosolimitano, di legati pii e cappellanie laicali, e di qualunque beneficio senza cura di anime ed obbligo di residenza. Ma pubblicatosi il Codice civile la di cui osservanza cominciò dal 1 gennajo 1809, col decreto del 22 ottobre 1808 dichiarossi che la legge del 15 marzo 1807 sui fedecommessi venisse eseguita *in tutto quello che non si opponeva al detto Codice*. Ciò pareva che lasciasse ancora de' dubbii sulle

---

metà se sono collaterali, purchè nell' epoca della pubblicazione di questa legge sieno o conjugati o vedovi con figli. In caso di premorienza dei detti sostituti, il loro dritto sarà rappresentato dai loro figli collettivamente colla preferenza de' maschi alle femine secondo le leggi del regno.

3. Se la trasmissione suddetta ha luogo nella linea diretta del gravato, i figli maschi del medesimo potran pretendere la legittima sopra i beni trasmessi; nel qual caso rimarrà estinto qualunque dritto potessero avere sopra di quelli, e si dovrà loro imputare tutto ciò che avranno potuto ricevere al di là della legittima sopra i beni liberi dello stesso gravato. Le figlie non maritate avranno un dritto sussidiario di paraggio sopra i beni trasmessi, qualora non ne siano congruamente provvedute sui beni liberi del gravato, o dai monti di famiglie.

4. Nel caso di premorienza di alcuno dei figli dell' attuale gravato, il dritto loro accordato coll' art. precedente sarà rappresentato dai loro discendenti in stirpe e non in capi.

5. Nell' epoca della trasmessione, i beni fedecommessi saran soggetti in sussidio de' beni liberi dell' attuale gravato, ai debiti ipotecarii che il medesimo ha contratti, o riconosciuti avanti la pubblicazione di questa legge; e ciò non ostante se l' attuale gravato vorrà liberarsi egli stesso dai suddetti debiti coi beni fedecommessi, potrà farlo, purchè ciò sia sempre in sussidio dei beni liberi. In ogni caso i detti debiti saran pagati secondo la loro rispettiva anteriorità, la quale non potrà per altro impedire, che i creditori afficienti sian preferiti.

6. Dal momento che il fedecommesso sarà sciolto, quelli tra gli ulteriori chiamati non compresi nell' art. 3, in favor de' quali il fedecommesso è gravato di un redito vitalizio costituito prima della pubblicazione di questa legge, se vorranno ridurlo in capitale, dovranno farne la domanda tra lo spazio di sei mesi. Nel qual caso il possessore tra il corso di due anni dovrà dare ai detti creditori vitalizianti o in denajo o in fondi a sua scelta, per prezzo del loro vitalizio, quindici volte il suo valore annuale, se l' età loro è infra i quaranti anni: dieci volte da' quaranta ai sessanta; ed otto volte dagli anni sessanta in appresso: ben inteso però che tutti quelli che si trovano nel momento presente ammogliati con prole, saranno, qualunque sia l' età loro, considerati come quelli della prima classe. La disposizione di questo articolo non si estende a coloro che han professato voti religiosi, o che han presi ordini sacri, pe' quali si osserveranno le leggi veglianti.

riserve accordate, ma la costante giurisprudenza delle nostre corti di appello, non menò che della corte di cassazione sostenne che mediante tal decreto si fosse autorizzata la totale abolizione de' vecchi fedecommessi, eccetto quelle sostituzioni che il nuovo Codice permetteva de' nipoti del disponente o de' figliuoli de' di lui fratelli (*a*).

Ciò confermossi ancora nel 1809, comprendendosi nell'abolizione de' fedecommessi i monti familiari addetti a' maritaggi, a' sussidii, e ad altre opere private, e stabilendosi col decreto degli 11 settembre detto anno che tutte le controversie le quali sorgessero nello scioglimento de' suddetti monti, così rispetto alla divisione, come ad ogni altro oggetto, venissero terminate per via di arbitramenti necessarii, e con quello del 17 marzo 1811 venne fissato un termine per lo forzoso scioglimento di essi, e rimosse le amministrazioni interessate a prolungarne il ripartimento.

Finalmente co' decreti del 22 dicembre 1808 e del 22 luglio 1813 furono aboliti tutti i patronati sopra beneficii curati e non curati, eccetto le dignità, i canonicati, le prebende e le partecipazioni delle chiese cattedrali o collegiali.

Quest' era la nostra legislazione su questa materia, allorchè ricuperammo l'antica legittima monarchia, e colle prime disposizioni date dal Re Ferdinando fu confermata l'abolizione de' fedecommessi nella legge degli undici dicembre 1816 ed estesa a' dominii oltre il faro con quella del 2 agosto 1818, pubblicata agli 8 del mese suddetto (*b*): indi fu provveduto ai

---

(*a*) Veggansi tra le altre le decisioni della nostra Corte di cassazione del 9 e del 26 novembre 1811 riportate del sig. Catalani 2. 184.

(*b*) Noi ne trascriviamo gli articoli necessarii alla risoluzione dei casi emergenti da questa abolizione.

Art. 1. Le sostituzioni fedecommessarie di qualsivoglia natura fatte in Sicilia con qualunque atto prima della pubblicazione della presente legge restano abolite, ed i beni a quelle soggetti saranno goduti come beni liberi degli attuali gravati.

2. Sono eccettuate dall' abolizione espressa nell'articolo precedente quelle disposizioni contenenti sostituzioni fedecommessarie fatte dal padre o dalla madre, che abbian donato o disposto de' proprii beni in favore di uno o più de' loro figli con atto tra vivi o di ultima volontà, coll' obbligo limitato di restituir detti beni ai figli nati e da nascere nel solo primo grado di essi donatarii.

3. Sono del pari eccettuate quelle disposizioni contenenti sostituzioni fedecommessarie fatte da' fratelli morti senza figli che con atto tra vivi o di ultima volontà abbiano donato o disposto de' proprii beni a vantaggio di uno o più de' loro fratelli o sorelle, coll' obbligo limitato di restituir detti beni a' figli nati o da nascere nel solo primo grado da essi fratelli o sorelle donatarie.

patronati così particolari che feudali. Abrogando egli la legge del 18 giugno 1807, il decreto del 22 dicembre 1808 e quello del 22 luglio 1813 riguardanti l'abolizione de' patronati, ordinò col decreto del 20 luglio 1818 che tutti i patronati particolari siano ecclesiastici siano laicali sopra beneficii di qualunque natura, non esclusi i curati e le parocchie, fossero ristabiliti a favore de' legittimi patroni, a quali appartenesse, secondo le regole del dritto canonico, l'esercizio di tutti i dritti utili ed onerosi, e di quei chiamati onorifici: escluse da questa disposizione que' patronati i di cui fondi fossero stati uniti a parocchie povere, ancorchè le unioni si fossero fatte con fondi di beneficii del regio patronato; e si riserbò provvedere in seguito a tutto ciò che riguardar poteva il dritto di elezione sulle cappellanie e sulle partecipazioni e porzioni meramente laicali.

Non così dispose per i patronati feudali rappresentati sopra le chiese ed i benefizii ecclesiastici di qualunque siasi natura, mentre con altro decreto della stessa data dichiarò che essi dovessero riputarsi compresi frai dritti de' baroni colpiti dalla legge abolitiva della feudalità *in tutti i reali dominii*, ed ordinò che fossero reintegrate alla supreme regalie dello Stato, salvo agli ex-feudatarii di provare ne' modi legali la fondazione avvenuta dopo la concessione del feudo, senza che dopo la costituzione del patronato si fosse il feudo stesso giam-

4. Le disposizioni permesse ne' due precedenti articoli non saranno valide, se non quando l'obbligo di restituzione torni a vantaggio di tutti i figli nati e da nascere dal gravato, senza eccezione o preferenza di età o di sesso.

5. I secondogeniti che per disposizione de' fondatori di primogeniture e majoraschi godono, o han dritto a godere un vitalizio su dei medesimi, avran dritto a conseguire su' beni, che per beneficio della presente legge si rendon liberi presso i gravati, una proprietà in beni fondi corrispondenti all' annua rendita loro assegnata, calcolandosi alla ragione del cinque per cento lordo di fondiaria.

6. Ogni patto riversivo apposto alle doti costituite su beni de' fedecommessi in favore de' fedecommessi medesimi resta abolito; ed i beni resteranno liberi presso le dotate ed i loro eredi.

7. Ogni controversia che potrà sorgere fra' primogeniti tanto per la pertinenza e quantità de' loro vitalizii, che per l'assegnazione delle proprietà in beni fondi a tenore della presente legge, verrà decisa per mezzo di arbitramenti necessarii; e contra le determinazioni e sentenze degli arbitri si daranno i convenienti rimedii ne' tribunali ordinarii, secondo le leggi vigenti.

8. Dal giorno della promulgazione della presente legge è vietato espressamente di formare sostituzioni fedecommessarie diverse da quelle che sono conservate cogli articoli 2 o 3 della medesima. Vogliamo ec.

mai devoluto o riconceduto in qualunque maniera onerosa o gratuita; nel qual caso dichiarò che il dritto di patronato appartenesse ai medesimi ex-feudatarii, *escluse le onorificenze signoriali* abolite per effetto della detta legge eversiva della feudalità.

L' altra principale riforma adottata dal nostro legislatore, e presa similmente dal Codice civile, riguarda la *instituzione contrattuale*, ossia quella donazione irrevocabile di tutte o parte della successione del disponente. Tal modo di disporre era interamente opposto ai principii del roman dritto, che riguardava come contrario alla libertà tutto ciò che tendeva a privare della facoltà di disporre in morte, e che temeva potersi dal beneficiato attentare ai giorni del suo donatore per affrettare il godimento del beneficio (*a*). Ciò non ostante si era introdotto nella Francia, senza sapersene l' origine, se non vogliamo attribuirla ad antichi usi in nobili famiglie praticati e coll' Ordinanza del 1747 estesi agl' ignobili in tutti i paesi nei quali si seguivano (*b*).

Ma questa donazione irrevocabile dell' eredità dell' istituente doveva essenzialmente aver luogo per un contratto di matrimonio; e se non avea bisogno di accettazione nè d'insinuazione, si rivocava però per sopravvenienza di figli al donante, si caducava morendo l' istituito senza figli, prima dell' istituente; e costoro *jure proprio* vi succedevano in virtù d' una specie di sostituzione volgare sottintesa in loro favore.

Questo genere di disposizione venne conservato nel Cap. 8 del Codice francese su questo Titolo, fuorchè nella clausola di potersi associare a tale istituzione una persona la quale non si mariti; mentre non ha essa luogo secondo il Codice se non pel matrimonio dell' istituito (*c*). Giova quindi osservare la differenza tra questa istituzione e la donazione de' beni presenti e futuri. In quella il titolo dell' erede è indivisibile, in questa vi è luogo a separazione di beni e di debiti; In quella si possono dall' istituente alienare a titolo oneroso e di buona fede tutti i beni, in questa il donante non ha tale facoltà in quanto ai beni presenti, ma la tiene pe' beni acquistati posteriormente alla donazione; in quella i figli dell' istituito premorto succedono *jure proprio*, non in questa (*d*). Ora tra noi si sono adottati gli articoli che riguardano questa materia, e ne abbiam veduto i comenti del nostro Autore.

(*a*) Veggasi le leggi 5. 19 e 39 Cod. *de pactis*.

(*b*) V. Grenier trattato delle donazioni ec. *discorso istorico* sez. 1.

(*c*) V. Grenier loc. cit. num. 423.

(*d*) V. Grenier num. 433 e 434.

Data così la istorica cognizione de' due principali cambiamenti all' antico dritto fatti in questo Titolo, passiamo ad occuparci delle particolari riforme fatte alla legislazione francese nelle nostre Leggi civili, e seguiremo in esse l'ordine stesso tenuto nella prima edizione, distinguendo gli articoli soppressi, gli articoli aggiunti, e gli articoli soltanto riformati che adempiremo nelle seguenti sezioni; e che chiuderemo colla solita Appendice delle altre quistioni sull' applicazione di questo titolo risolute dalla giurisprudenza così francese che patria.

SEZ. I.

Degli articoli tolti.

Due soltanto sono gli articoli che il nostro legislatore ha troncato in questo Titolo; il primo è inserito sotto il numero 1086 del Codice civile nel cap. VIII; trovasi l'altro nel Cap. IX num. 1094.

§. I.

Dell' art. 1086.

Tratta quest' articolo delle donazioni fatte per contratto di matrimonio agli sposi ed ai figli nascituri. « La donazione » (così è ivi scritto) per contratto di matrimonio in favore » degli sposi e dei figli nascituri dallo stesso matrimonio, da » qualunque persona provenga, potrà ancora essere fatta colla » condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi della » eredità del donante, ovvero sotto altre condizioni, l'esecu» zione delle quali fosse per dipendere dalla sua volontà: il » donatario sarà tenuto di adempire a queste condizioni, quando » non prescelga di rinunziare alla donazione, e nel caso che » il donante per contratto di matrimonio si fosse riservata la » facoltà di disporre di un effetto compreso nella donazione » dei suoi beni presenti, o di una determinata somma da ri» cavarsi dai suddetti beni, l'effetto o la somma, quando » egli morisse senz' averne disposto, si riterranno compresi nella » donazione ed apparterranno al donatario o ai suoi eredi. »

Noi confessiamo d' ignorar il motivo pel quale non fu serbato questo articolo nelle nostre leggi. Potrebbesi dire che gli articoli antecedenti avean già parlato della donazione dei beni futuri la quale porta necessariamente l'obbligo di pagare tutti i debiti e pesi; come pure della facoltà che ha l' erede

di tutto rinunziare o tutto accettare quando nella donazione cumulati si fossero beni presenti e beni futuri (*a*).

Ma *quid* tra noi nel caso proposto nel citato art. 1086 della riserva di un oggetto compreso nella donazione per causa di matrimonio, e di cui il donante non avesse disposto? Ricorreremo noi al Codice francese che ci regolò per un decennio o alla distinzione ammessa da' dottori (*b*)? Dir si potrebbe che tolto di mezzo l' art. 1086 che formava una chiara eccezione all' art. 946 si debba stare alla regola in esso stabilita, e da noi adottata nell' art. 870, che se il donante muore senz' aver disposto della cosa o somma riservata, *essa apparterrà agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola e stipulazione contraria.*

Ma vi si oppone l'art. 871 che esclude da tal disposizione le donazioni fatte per contratto di matrimonio. Spetterà ai magistrati risolvere questo dubbio (*c*).

(*a*) Gli autori dei Comentarj alle nostre Leggi avvertono che quest' articolo fu soppresso perchè lasciava de' dubbj se quanto vi si disponeva avesse dovuto aver luogo per le sole donazioni fatte cumulativamente in favor degli sposi e de' loro figliuoli da nascere, o anche per quelle a prò degli sposi solamente; e se la condizione di pagarsi tutti i debiti e pesi, non che le altre condizioni dipendenti nella esecuzione dalla sola volontà del donante avesser luogo per le donazioni, tanto de' beni presenti, che de' beni presenti e futuri, nell' atto che la terza disposizione relativa ai beni riserbati era per le sole donazioni de' beni presenti. Quindi conchiudono che *sotto tali rapporti di dubbj sia stata utile la soppressione del mentovato articolo: ma non ad altro oggetto tosto che evvi l' art. 871, che solo basta a togliere l' effetto a' quattro articoli precedenti* (867, 868, 869 e 870) *nelle donazioni a causa di matrimonio senza esser uòpo dell' articolo che sopprimevasi.* Vegga il lettore di persuadersi di questa *utilità*.

(*b*) Quando il donante si era riservato una parte de' suoi beni onde far testamento, se egli moriva senza aver disposto de' beni riservati disputavano i dottori se i medesimi appartenessero al donatario o agli eredi del donante. Questa quistione venne variamente decisa; pure la comune opinione era che se trattavasi di donazione tra vivi i beni riservati appartenessero agli eredi del donante, qualora però non fosse stata posta nella donazione la clausola che in tal caso sarebbero devoluti al donatario. Se poi trattavasi di donazione a causa di morte i beni riservati spettassero al donatario per la legge unic. §. 14, Cod. *de caduc. toll.*; comunque tutti concorressero nell' opinione che il donante non fosse obbligato a fare per se riserva alcuna come sostenevano i prammatici nel caso delle donazioni universali.

(*c*) Gli autori de' citati *comentarii* affermano che nelle donazioni per contratto di matrimonio non usando il donante della riserbata facoltà di disporre, andranno i beni agli eredi quante volte però non siavi clausola e stipulazione contraria, il che si ebbe in mira nel sopprimere il citato articolo. La eccezione dell' articolo 871, proseguon

Del resto l'intelligenza dell'art. 1086 presentava delle difficoltà che i migliori interpetri e comentatori non han negato di ravvisarvi specialmente per combinarlo coll' art. 1089 corrispondente al nostro art. 1044 che abbiamo interamente adottato. Il sig. Grenier dopo di alcune osservazioni sul senso del primo soppresso articolo, si affatica a forza di distinguere, e di risecare, a combinarlo coll' altro, come può vedersi nel suo Trattato ai num. 438 e 439, spiegando nel 440 in qual modo debba stipularsi la riserva di una cosa, e quali siano i suoi effetti; ed ad esso rimettiamo i nostri lettori.

§. II.

Dell' articolo 1094.

Nel cap. IX di questo Titolo, che tratta *delle disposizioni fra' conjugi per contratto di matrimonio* o *durante il matrimonio*, stabilì l' art. 1094 del Cod. civ. che « lo sposo, sia » nel contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, potrà, nel caso in cui non lasciasse nè figli nè discendenti, » disporre in favore dell' altro conjuge della proprietà di tutto » ciò di cui potrebbe disporre in favore d' un estraneo, e potrà lasciargli inoltre l' usufrutto della totalità di quella porzione di cui la legge proibisce di disporre in pregiudizio » degli eredi.

» E nel caso in cui il conjuge donante lasciasse figli o » discendenti, potrà donare all' altro conjuge o una quarta » parte de' suoi beni in proprietà ed una quarta in usufrutto, » o la metà di tutti i suoi beni soltanto in usufrutto ».

Quest' articolo è stato tra noi soppresso; quindi secondo le nostre leggi il conjuge è ora equiparato a qualunque estraneo, perchè tolta di mezzo siffatta eccezione alle regole sta-

essi, questo effetto solo può operare per limitazione dell' art. 870, giacchè la limitazione non può nè dee cadere che sulle parole, *non ostante qualunque clausola in contrario*; le quali reggono ed animano la integrità della proposizione, il cui contrario è, *non apparterrà agli eredi del donante, ostandovi qualche clausola e stipulazione contraria*. Siccome dunque, conchiudono i medesimi, nelle semplici donazioni non può convenirsi che la riserbata facoltà di disporre ceda ai donatarj, non usandosene; così nelle donazioni a causa di matrimonio non vengono tali clausole e convenzioni riprovate; il che è anche più ragionevole e regolare, e secondo i buoni principj del dritto.

Noi speriamo che i magistrati comprendano questa risoluzione e la trovino quale credono i citati autori nel comento all' art. 861 delle nostre Leggi.

bilite sulla legittima dovuta agli ascendenti ed ai discendenti. Egli è in fatti da meravigliarsi che nel Codice francese sia ridotta la riserva dovuta per ogni dritto naturale e civile al proprio genitore, alla nuda proprietà, concedendosi l'usufrutto alla moglie la quale sarà sempre o almeno spessissimo più giovane del suocero (*a*). Avevano, è vero, anche i nostri padri la facoltà di concedere l'intero usufrutto de' proprj beni alle loro mogli; ma generalmente venne adottata l'opinione di Bulgaro che riduceva tal usufrutto ai soli alimenti.

Rapporto alla legittima de' figli era anche un pregiudicarli il toglier loro l'usufrutto d'una quarta parte quando fossero nel numero di tre o più. Quest' inconveniente non avrebbe luogo tra noi attesa la diversa somma stabilita nelle nostre leggi per la porzione disponibile, ma allora sarebbe stata superflua tal disposizione, poichè se il padre può donare ad un estraneo questa quota, può ben donarla ancora alla propria moglie.

Non ostante l'attuale soppressione di quest' articolo, dovendo esso applicarsi nelle convenzioni fatte quand' era in vigore il Codice civile, non sarà inutile notare i seguenti altri dubbii risoluti dalla francese giurisprudenza nell' applicazione del medesimo, oltre quelle di cui abbiam fatta menzione nelle note (*b*).

La rinunzia fatta da' conjugi, anche nel loro contratto matrimoniale, al dritto di vantaggiarsi reciprocamente, è inefficace; vale a dire è rivocabile ad *nutum*; ed i terzi, includendovi anche gli eredi legittimi, non possono invocarla. Cassaz. 22 dicembre 1818. — *Sirey vol.* 19 *parte* 1, *p.* 56.

Que' conjugi che si han fatta donazione universale non cessano di conservare la facoltà di fare dei legati rimuneratorii in vantaggio del donatario. — Corte di Caen 15 novembre 1821. — *Ivi*, 18. 2. 63.

Nell' articolo 1094 del Codice civile che permette ad un conjuge con figli di donare all' altro conjuge un quarto de' suoi beni in proprietà ed un altro quarto in usufrutto, la parola

---

(*a*) Anzi Malleville osservava esser *veramente ridicolo* il veder che gli ascendenti doveano attendere la morte de' loro generi e nuore, che hanno di meno la età di una generazione, onde percepire la loro legittima; cui però rispose il Grenier sostenendo la saviezza della legge l. c. vol. 2 p. 2. num. 449.

(*b*) Rimane però ancor dubbio se nella donazione di tutti i beni fatta da un conjuge all' altro mentre non ha figli, la sopravvegnenza de' medesimi renda assolutamente ed interamente nulla la donazione, come pretendono gli autori delle Pandette francesi, o soltanto riducibile a termini dell' art. 109, come sostiene il Grenier l. c. num. 450.

proprietà deve intendersi non di una *nuda proprietà*, ma di una *proprietà* piena ed intera. — Corte di Brusselles, 21 luglio 1810. — *Ivi*, 11. 2. 335.

L' articolo 1094 del Codice civile in forza del quale un conjuge che lascia de' figli può donare al suo consorte un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, o una metà in usufrutto soltanto, è limitativo in questo senso, che questo è il *maximum* di ciò che può disporsi tra conjugi — In conseguenza il conjuge legatario non può pretendere nulla al di là di questa porzione, quantunque il testatore gli abbia donata la metà in proprietà ai termini dell' art. 913, e non lasci che un figlio. — Corte di Nimes; 10 giugno 1807. — *Ivi*, 7. 2. 1156.

Quando un padre che lascia due figli e la moglie ha donato per contratto matrimoniale ad uno de' suoi figli il terzo disponibile secondo l' articolo 913 del Codice civile, può fare anche una liberalità a favore della moglie ai termini dell' articolo 1094; ma questa liberalità non può essere in questo caso dell' intera porzione determinata dall' art. 1094; essa può essere soltanto della differenza fra il terzo in proprietà (8 ventiquattresimi) che acorda l' art. 913, ed il quarto in proprietà con il quarto in usufrutto (9 ventiquattresimi) accordato dall' articolo 1094. — Corte di Tolosa, 20 giugno 1809. — *Ivi*, 10. 2. 13.

Decidere, senza veruno riguardo alle circostanze, che la donazione dell' usufrutto della metà de' beni, sia l' equivalente della donazione di un quarto in proprietà, non è un discostarsi dal voto dell' art. 1094 del Codice civile. — Cassazione, 21 luglio 1814, — Rigetto. — *Ivi*, 13. 1. 441.

Quando un conjuge ha disposto di una parte de' suoi beni in favore del suo conjuge, e di un' altra parte in favore di un terzo, la quota disponibile dev' esser fissata non dalla disposizione dell' art. 913 del Cod. civ., ma da quella dell' art. 1097, particolare alla specie. — In conseguenza un padre che ha tre figli può donare la metà de' suoi beni in usufrutto a sua moglie ed un quarto in nuda proprietà ad uno de' suoi figli o ad un estraneo. — Corte di Torino, 15 aprile 1810. — *Ivi*, 11. 2. 109.

Si può disporre cumulativamente della porzione de' beni fissata dall' art. 913, e di quella fissata dall' art. 1094 del Cod. civ.; in conseguenza, quantunque un padre lasci tre figli o un maggior numero, può disporre in favore di uno di essi, o in favore di un estraneo di un quarto de' suoi beni in proprietà, e di un altro quarto in proprietà e di un quarto in usufrutto, o pure della metà in usufrutto in favore di sua moglie. — In questo caso, l' usufrutto dato alla moglie dev' esser preso non solo sulla riserva legale de' figli, ma benanche sul

quarto di cui ha disposto in favore di un terzo. — Corte di Aix — 29 agosto 1810. — *Ivi*, 11. 2. 112.

Quando un marito dona a sua moglie l'usufrutto di metà de' suoi beni, per determinare il valore della donazione, non si deve far entrare nella massa ereditaria il capitale degl' immobili dei quali il marito non avea che la nuda proprietà. — Corte di Parigi, 23 gennajo 1808. — *Ivi*, 7. 2. 1245.

Un conjuge che ha figli può disporre cumulativamente della metà de' suoi beni in usufrutto a favore del suo conjuge, e di un decimo in piena proprietà a favore di una persona estranea. — Cassazione, 22 messid. an. 5. — Rigetto. — *Ivi*, 1. 1. 120.

SEZ. II.

Degli articoli nuovi aggiunti in questo Titolo.

§. I.

La prima nuova disposizione che ci si presenta è nel cap. III, sez. I, e forma l' art. 836 così concepito: « Non è permesso ai *genitori o ad altro ascendente transigere col figlio o colla figlia, circa la legittima che ad essi potrà spettare dopo la loro morte, donando con questa legge, pagando, o promettendo anticipatamente qualche fondo, somma, o altro. Tali transazioni non saranno valevoli, nè impediranno al figlio o alla figlia il dritto di pretendere la quota spettantegli dopo la morte del padre*, o *della madre*, *imputando in quella i beni e le quantità ricevute*.

Non sono veramente nuove le disposizioni suddette. Poggiate sulla sana morale furon sancite e dal roman dritto e dalla legislazione francese: ma convenne tra noi riunirle in unico articolo e proclamarle imperativamente; 1.° perchè dopo d' essersi ordinato che i genitori fossero obbligati a dotare le figlie (art. 194), non si fosse messa più in campo la quistione sulle rinunzie che loro facevansi fare alla paterna eredità, quistione che tanto fu agitata nel 1815; 2. perchè non si fosse posto in pratica il mezzo escogitato di obbligare le figlie a conferir nella massa non la sola dote, ma benanche gli interessi ed i frutti della medesima, qualora si fossero presentate a concorrere alla successione paterna, spiegandosi in questo articolo che dovessero conferirsi i beni e le quantità *ricevute*, tra quali beni non possono annoverarsi i frutti de' fondi dotali, o gl' interessi delle somme ricevute in dote; 3. per ispiegare che questa collazione in tal caso debba esser fittizia

e non reale, poichè evidentemente in questo articolo dichiara la legge che questa far si debba *imputando* nella quota che spetta ai figli i beni e quantità ricevute.

§. II.

Tutta la terza sezione che tratta della *diredazione* è nuova. Il Codice civile si contenne ai soli motivi d' indegnità; ma, rilevata nel regno la patria potestà dalla depressione cui giaceva, parve necessario somministrare ai genitori quest'altro mezzo onde contenere i figli nel dovuto rispetto, ed incoraggiarli ad una buona condotta (*a*). Chiamasi *diredazione* l'escludere che fassi alcuno anche dalla legittima riservatagli dalla legge. Non ha dunque luogo che contra coloro che han dritto ad una riserva, vale a dire i discendenti e gli ascendenti. Noi trascriveremo ed analizzeremo brevemente ad uno ad uno i sette articoli ne' quali questa materia è contenuta.

Art. 848. « Oltre delle cause per le quali qualunque erede può rendersi indegno di succedere, le persone a vantaggio delle quali la legge stabilisce una quota di riserva o sia legittima, possono esserne private con una dichiarazione espressa del testatore, e per una causa ammessa dalla legge e spiegata nello stesso testamento ».

Trattandosi di disposizione penale tanto più odiosa in quanto riguarda persone coi più sacri vincoli unite tra loro, noi crediamo che cumulativamente e tassativamente debbano riunirsi le tre condizioni volute dalla legge per darsi luogo alla diredazione: 1. Che vi sia una delle cause dalla legge stessa indicate, e non le equipollenti o consimili; 2. che questa causa venga dal diredante espressa; 3. che si esprima in un testamento. Qualunque dichiarazione dunque si facesse, anche legale ed autentica, non basterebbe se non avesse luogo nel testamento sia pubblico, sia mistico, sia olografo.

Art. 849. « Il figlio potrà essere diredato per le cagioni seguenti:

» 1. Se siasi renduto colpevole verso il genitore di sevizie, o di qualunque delitto ». Noi abbiamo spiegato ciò che significano le *sevizie* allorchè nelle nostre Osservazioni al Titolo *del matrimonio* si è ragionato delle cause di separazione personale de' conjugi. Ma per *delitto* deesi forse qui intendere qualunque fatto punibile con pene correzionali, come l'intendono le Leggi penali? Noi stentiamo a crederlo. La voce delitto può bene spesso indicare un fatto punibile con pene cri-

(a) Bentham *Traité de legisl.* vol. 2. pag. 153.

minali, e ne abbiamo gli esempii tanto nella legislazione francese che nella nostra. E poi vi sono tante colpe commesse per imprudenza o negligenza punibili correzionalmente che non meriterebbero questo rigore, tuttochè vengano indicate col nome di delitti.

Aggiungiamo pertanto che la nostra Corte Suprema esaminando il dubbio se le ingiurie profferite tra le domestiche mura; l' aver notato di demenza il testatore o di falsità il testamento; e le diffamazioni ne' funerali, costituissero causa d' indegnità, ritenne la negativa colla decis. dell' 8 gennajo 1820, perchè senza la circostanza del *si palam maledixerit*. Dizion. d' Armellini Tom. II, pag. 357. Quanto più per la deredazione!

» 2. Se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti. » Quando sarà giudicata irragionevole questa negativa? È rimesso alla prudenza del magistrato.

Noi abbiam parlato dell' obbligo reciproco, degli alimenti tra il padre e 'l figlio nel Titolo del Matrimonio.

» 3. Se divenuto il genitore furioso, lo abbia abbandonato senza prenderne alcuna cura. » Ma in questo caso bisognerà attendere che il genitore ricuperando la sana ragione possa diredarlo col suo testamento, o questa causa potrà essergli opposta dagli altri fratelli e coeredi? La legge vuole espressamente la diredazione ordinata dal testatore nel suo testamento. Ma può anche aver luogo questa disposizione se il figlio avesse abbandonata la genitrice divenuta furiosa: il padre può allora per questa causa diredarlo col suo testamento.

» 4. Se non abbia curato di riscattarlo divenuto prigioniero presso il nemico, quando il poteva. » Il sentenziare di questa possibilità è pure lasciato all' arbitrio del giudice.

» 5. Se la figlia in contraddizione del padre siasi messa » ad esercitare il mestiere di pubblica meretrice. » Notate le tre essenziali circostanze che debbono concorrere in questa causa: 1. il meretricio; qualunque altro turpe atto non basterebbe: 2. la contraddizione; quindi bisogna che ciò le sia stato positivamente proibito: 3. che questa contraddizione le venga dal *padre* che qui è espressamente nominato; se dunque le altre antecedenti cause riguardano l' uno e l' altro genitore, questa particolarmente non ha luogo che per la contraddizione del solo padre.

Art. 850. » Il padre o la madre potrà essere diredato per » le ragioni seguenti:

» 1. Se reso il figlio prigioniero presso il nemico, non » abbia procurato, potendo ciò fare, di riscattarlo;

» 2. Se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti;

» 3. Se divenuto furioso, lo abbia abbandonato senza » prenderne alcuna cura;

» 4. Il padre o la madre potrà esser diredato, se uno di » essi abbia dato il veleno all' altro o l' abbia oltraggiato » atrocemente ». Notate la differenza tra i delitti commessi dal figlio verso dei genitori e quelli commessi da costoro l' uno verso dell' altro. Basta pel primo qualunque delitto, qualunque sevizia. Per gli altri vi bisogna un oltraggio *atroce*, un tentativo di avvelenamento, e simili misfatti.

» 5. Ha luogo anche la diredazione per avere uno de' ge» nitori attentato alla vita de' proprj figli.

» Le disposizioni di questo articolo avranno luogo per » ogni altro ascendente ».

Vedete quel che abbiam detto sull' articolo precedente e quel che noteremo sull' art. 852.

Art. 851 « L' esistenza della causa della diredazione spie» gata nel testamento, debb' esser dimostrata con pruove le» gali ». Per pruove legali s' intendono quelle che possono in giudizio essere accolte per sostegno di un fatto; quindi testimoni e testimonianze, ossiano documenti. Non è qui necessaria la pruova per iscritto. Il magistrato valuterà siffatte pruove col suo criterio morale come in qualunque altra causa.

Esse però sono a carico di coloro che hanno interesse a sostenere il testamento: la persona diredata non è obbligata a provare la sua innocenza che sempre si presume (*a*); quindi non adducendosi, o essendo giudicate insufficienti, il diredato riacquisterà la sua legittima. Se questi succombe, non perde però il dritto di produrre l' azione di nullità o di falsità del testamento, e d' impugnar con questo mezzo la diredazione (*b*). Ma s' egli tacitamente accetta il testamento (*c*), non ha dritto a dedurre la nullità o falsità del medesimo, se non quando i motivi che l' inducono ad attaccarlo siensi da lui posteriormente scoverti (l. 5 pr. ff. *de his q. ut indign. auf.*; l. 3 Cod. *eod.*; L. 3, ff. *ad leg. corn. de falsis.*

L' azione ad impugnar la diredazione passa agli eredi abbenchè non siano discendenti del diredato? Noi crediamo che sì, non essendovi bisogno della querela d' inofficioso testamento che i Romani concedevano solo ai discendenti. (Argomento tratto dall' art. 838.)

(*a*) V. Merlin *Repert. univ.* alla voce *Exheredation* §. 2.

(*b*) Queste sono azioni diverse; nè hanno tra loro quella connessione da far indurre che spenta l' una possa dirsi svanita anche l' altra; l. 14 Cod. *de inoffic. testam.* V. DOMAT, *Leggi civ.* par. 2. lib. 3. tit. 2. sez. 3. n. 8.

(*c*) Come, se avesse accettato un legato fattogli per mera pietà, senza alcuna riserva; se avesse nell' erede nominato riconosciuta tal qualità, transigendo ec. LL. 10 §. 1, e 31 in fin. *de inoffic. testam.* L. 8, §. 1, Cod. *eod.*

Anzi fatta la diredazione dal testatore, non gli è proibito con qualunque altro atto di rivocarla. Essa è una pena facilmente distrutta dalla riconciliazione; è un fulmine, dice Merlin, che si avverte nel lampeggiar della collera, basta che la tempesta sia passata, basta di aver per poco il padre riguardato amorevolmente il figlio per far presumere l'obblio del passato.

Art. 852 « Colui ch'è stato giustamente diredato, si » terrà come non esistente; e la sua persona non sarà messa » a calcolo nel ripartirsi la quota di riserva o sia legittima » dovuta agli altri figli ».

Avendo le nostre Leggi resa uniforme la tassa della legittima nella metà dell'asse, come notammo nelle Osservazioni al Titolo delle *successioni* e qui tratteremo al paragrafo VI di questa Sezione, non vi è più luogo alla quistione se il diredato possa far numero a pro degli altri legittimarii per aumentare la legittima del triente al semisse, quistione che venne dal N. A. agitata. Ma senza la disposizione contenuta in questo articolo, di aversi il diredato come non esistente, non si sarebbe troncata l'altra quistione, se egli facesse parte dei legittimarii, e la sua porzione rimanesse all'erede, senza accrescersi a quelli i quali prender non dovessero dall'eredità che la sola propria porzione. Quindi vien tra noi risoluto che se uno de' successibili sia diredato, la di lui porzione della riserva si accresce alle quote degli altri.

Art. 853 « Se il figlio diredato espressamente nel testa» mento premuore al padre, la diredazione non pregiudica i » dritti de' discendenti del medesimo.

« Lo stesso vale per la madre e per ogni altro ascen» dente ».

È questa una conseguenza dell'art. 653 che abbiamo esaminato nel Titolo precedente vol. 4 pag. 316. Se ai figli dell'indegno non è di ostacolo la qualità del loro padre, sia che succedano di proprio dritto sia che per succedere abbiano bisogno di rappresentare il grado dell'indegno, conveniva che la stessa equità campeggiasse a favore de' figli del diredato. Vi è però notabile differenza tra i figli dell'uno e quelli dell'altro. I primi succedono abbenchè l'indegno loro padre sia vivente, quando che i figli del diredato non han dritto alcuno se non sia premorto costui al padre che diredollo.

Art. 854. « La persona diredata, quando non abbia mez» zi da vivere, potrà reclamare sull'eredità da cui è esclusa » gli stretti alimenti ». Se chi fu giustamente diredato non conviene che accresca la sua fortuna coi beni di quegli di cui ha demeritata l'affezione, non l'accrescerebbe cogli alimenti; e non conviene del pari che sprovveduto d'ogni

mezzo di sussistenza fosse di peso alla società, o soccumbesse per miseria. La legislazione non dee favorire la barbarie e l' inumanità. Ma riflettete che la legge non gli dà che gli *stretti alimenti*; cioè quanto basta a sostener la vita, come il concede ancora al condannato all' ergastolo che reputa civilmente morto. Le di lui privazioni debbon servire agli altri di esempio. I giudici per altro sono i soli arbitri in questa materia.

Si è domandato con quale azione dovrà agirsi contro la diredazione? Opponendosi al testamento. Noi non abbiamo il rigore delle formole prescritte dal dritto romano. Nello stesso modo in cui se fosse preterito agirebbe per la legittima, e se fosse stato leso con donazioni eccedenti la quota disponibile chiederebbe la loro riduzione. Sarebbe però erroneo sostenere come nel roman dritto che dichiarata ingiusta la eseredazione cadesse la istituzione dell' erede: il diredato non ha dritto che alla riserva, ed ottenutola, riman ferma ogni altra disposizione del testatore (*a*).

§. III.

Altro nuovo articolo è l' 875 scritto in questi termini.

» Il donante potrà stipulare la riversione delle cose do-
» nate per se e suoi eredi, nel caso che il donatario morisse
» senza prole in qualunque tempo ».

Questo dritto di ritorno o di riversione trae origine dalla leggè 6 ff. *de jure dotium* che concerneva particolarmente la dote costituita dal padre alla sua figliuola, e dalla l. 2 Cod. *de bonis quae lib.* che poteva applicarsi ad ogni sorta di liberalità esercitata dagli ascendenti a vantaggio de' loro figli. La legislazione attuale ammette due specie di riversione; l'una legale, che ha luogo di pieno dritto senza convenzione, è ammessa solo in favore degli ascendenti donanti, e si opera a titolo di successione, i di cui principii sono fissati nell' art. 670 delle nostre Leggi. L' altra riversione è la convenzionale, che può essere stipulata in ogni specie di donazione e per parte di qualunque donante: il nostro art. 876 ne regola la facoltà, e l' art. 877 ne determina l' effetto; come ne' corrispondenti articoli del Cod. civ. 951 e 952 + 876 e 877.

(*a*) Nel suo *Corso di studio legale*, dice il signor Apruzzese tom. VI pag. 134, che sarebbe stato desiderevole che coloro i quali vennero destinati alla discussione, avessero anche parlato del modo da istituire un giudizio per causa di diredazione, onde sapere se il figlio diredato potrebbe giustificarsi, ed in qual modo: *queste dottrine*, egli conclude, *sono state omesse, e questa omissione produce una oscurità grande nelle quistioni che si possono elevare.*

Vedemmo nelle note del nostro Autore su questa materia qual sia la riversione convenzionale, e come il Codice civile abbia dovuto limitar questo dritto in modo da non pregiudicare le disposizioni proibitive delle sostituzioni fedecommessarie, poichè sotto colore di riversione, si sarebbe potuto sostituir per fedecommesso i proprii eredi ai donatarii. Noi abbiamo adottati gli stessi stabilimenti, ammettendo potersi stipulare la riversione a favore della persona del donante soltanto, qualora premorisse il donatario. Ma si è fatta coll'art. 875 un'eccezione colla quale si è permesso il patto riversivo anche a prò degli eredi del donante nel solo caso che il donatario morisse senza lasciar prole. Si vuole che differisca un tal caso dalla sostituzione fedecommessaria, perchè tal patto non è in favore di determinate persone nè può rappresentarsi senza qualità ereditaria; ma è a favore degli eredi in generale, ancorchè estranei. Ciò non ostante il nostro autore vi ravvisa nella nota 144 una disposizione col peso di conservare e restituire che darebbe luogo all' applicazione dell' art. 896, e tal sarebbe anche tra noi senza il nuovo art. 875 che n'eccettua questo caso. Tale eccezione riguarda in prima la persona del donante, e si estende anche dopo la morte del medesimo, poichè la legge dice *in qualunque tempo*, purchè muoja il donatario senza prole. Verificata questa condizione gli eredi del donante potranno esercitar l'azione che nasce dal patto riversivo così stipulato. Ove poi la stipulazione non abbracciasse la persona del donante, ma si fossero contemplati i soli suoi eredi, noi pensiamo che incontrerebbe la proibizione della legge per le sostituzioni fedecommessarie; nè potrebbe aver la garentia di questo articolo che la permette solo quando sia contemplato la persona del donante e de' suoi eredi, come l' indica la particella copulativa *e*. Essendo questa un'eccezione al principio generale proibitivo delle sostituzioni fedecommessarie, è perciò da interpetrarsi nel suo stretto senso e rigorosamente.

§. IV.

Segue l'altro nuovo articolo 898 ch'è del tenor seguente.

» I testamenti per atto pubblico, oltre alle indicate solennità loro proprie, dovranno contenere le altre solennità
» comuni a tutti gli altri atti autentici, richieste dalle leggi
» sul regolamento notariale.

Fu un punto controverso in Francia se le formalità prescritte dalla legge notariale del 25 ventoso anno XI si dovessero osservare ne' testamenti del pari che negli altri atti notariali. La corte di Nimes con decisione del 29 aprile 1806 di-

chiarò tal legge non applicabile alle formalità de' testamenti che venivano esclusivamente regolate dal Codice civile. Disse lo stesso la Corte di Brusselles nelle decisioni del 9 agosto e 13 settembre 1808 e quella di Riom con decisione del 17 novembre 1808; ma quella corte di Cassazione coll'arresto del 1 ottobre 1810 consacrò il principio che le formalità prescritte nella legge notariale del 25 ventoso dovessero essere osservate nei testamenti pubblici ». Atteso che, disse la suddetta Corte suprema, questa legge generale riguarda tutti gli atti notariali; che i testamenti per atto pubblico sono atti di notajo, come risulta dagli art. 969 e 971 † 894 e 896 del Cod. civ.; che per conseguenza le formalità prescritte dalla legge del 25 ventoso anno XI sono applicabili ai testamenti pubblici non meno che agli altri atti notariali; che non può trarsi una induzione contraria dal perchè l'art. 68 dispone che in mancanza delle formalità prescritte per valere come atto pubblico, l'atto notariale sarà valido come scrittura privata, qualora vi sia la sottoscrizione di tutte le parti contraenti; mentre da ciò risulta solo una disposizione particolare pei contratti, la quale debb' essere limitata a questo caso; che se il Codice civile ha stabilito delle formalità particolari pei testamenti pubblici, ha avuto in generale per oggetto di circondare questi atti di maggiori solennità; che per conseguenza lungi dal derogare a quelle prescritte colla legge del 25 ventoso, ne ha voluto sempre più la esatta osservanza per tutto ciò che non ha formalmente derogato; che se altrimenti fosse ne seguirebbero i più gravi inconvenienti, ed il Codice civile non avrebbe mancato di provvedervi; che secondo gli art. 12 e 68 della legge del 25 ventoso anno XI, gli atti de' notai debbono esprimere a pena di nullità il domicilio de testimonii adibiti nell' istromento; e dee valere lo stesso pe' testamenti pubblici; che l'art. 980 † 906 Cod. civ. non deroga specialmente a queste formalità, nel prescrivere che i testimoni sieno sudditi del Re; che queste due condizioni sono distinte, e la prima è tanto più indispensabile, in quanto che senza la indicazione del domicilio de' testimoni sarebbe sovente impossibile di verificare se in essi concorrono le qualità richieste ec. »

Su queste vedute seguì la nostra riforma, spiegandosi dal legislatore quel che in Francia avea stabilito il magistrato; ma si sarebbe passato in un altro eccesso credendosi annullati i testamenti pubblici per qualunque siasi omissione delle formalità notariali; quindi a ben intendere questa disposizione bisogna tener presente quel che le nostre Leggi dispongono sulla nullità de' testamenti per mancanza delle formalità ordinate: poichè nell' art. 927, che corrisponde all' art. 1001 del Co-

dice francese, che prescrive tal nullità, si sono aggiunte due eccezioni, la seconda delle quali riguarda appunto il nuovo art. 898. Ivi si dice eccettuarsi dalla pena di nullità il testamento nel caso che *siasi omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notariale, alla cui mancanza secondo lo stesso regolamento non è annessa pena di nullità.*

La nuova legge che stabilì le regole notariali è quella de' 23 novembre 1819, e da essa noi estrarremo le formalità la di cui omissione vien dalla nullità dell' atto colpita, indicando quelle comuni a ciascun atto pubblico, indi quelle speciali pe' testamenti.

1. È proibito al notaio di ricevere alcun atto fuori della provincia o valle in cui ha la sua residenza (*a*). Contravvenendo, oltre alle pene contra lui sanzionate (*b*), l'atto sarà nullo e di niun effetto. (Art. 6 e 26).

2. Non ha egli facoltà di ricevere un atto in cui siano parti o egli stesso, o alcuno de' suoi congiunti o affini; così in linea retta in qualunque grado, come in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente: il contravvenirvi produce nullità. (Art. 8 e 26).

3. Sotto pena della nullità dell'atto e della multa di ducati quindici per ogni contravvenzione, è vietato a due notai congiunti od affini tra loro ne' gradi sopraddetti di riceverè e rogare il medesimo atto. (Art. 10 e 26).

4. Sotto le stesse pene non possono esser testimoni i congiunti e gli affini negli stessi gradi sì del notajo che delle parti, gli ajutanti del notajo, e le persone addette al servizio tanto del notajo, quanto delle parti (*ivi*).

5. Similmente, se l'atto ricevuto non si faccia alla presenza delle parti, e di due idonei (*c*) testimonii, sudditi del Re;

(*a*) I notai sono nominati a vita dal Re: essi sono tenuti a prestare il loro ministero ogni volta che ne sono richiesti, quando il contratto non sia dalle leggi proibito. Il notajo è obbligato risedere nel comune che gli è destinato nel decreto di nomina; Se cambia di residenza si considera, qualora non vi sia autorizzato con real decreto, come se avesse rinunziato alla sua qualità di notajo: ma non ostante l'obbligo di residenza nel comune assegnatogli, può egli esercitare le sue funzioni in tutta la provincia o valle. (Cit. legge sul notariato art. 2, 3, 4 e 5).

(*b*) Oltre la nullità ed il risarcimento de' danni che fossero derivati alle parti, incorre il notajo nella pena della sospensione di sei mesi per la prima contravvenzione, e della destituzione in caso di recidiva (art. 6 *ibid.*)

(*c*) Sono tali i sudditi del re maggiori di età, che godono dei dritti civili, e che sappiano firmare, tranne i casi di eccezione preveduti dalla legge. Essi inoltre debbono conoscere le parti, e debbon

e sì quelle che questi non lo sottoscrivano, od il notajo non aggiunga la propria firma, la sua qualificazione, ed il nome del comune in cui risiede: o se l'atto ricevuto da due notai non sia da entrambi sottoscritto. (Art. 14). Nasce da ciò che gli esteri non possono essere idonei testimoni, a meno che non siano domiciliati nel Regno, mentre allora per l'art. 9 delle nostre Leggi godono i dritti civili. Ed è lo stesso in Francia, come si rileva dalla decisione dalla Corte di Torino del 10 aprile 1809, riportata dal nostro Autore alla nota 216 (*a*).

Differisce però la nostra legislazione dalla francese rapporto ai testimoni, mentre tra noi si richiede che costoro *conoscano le parti*; quando in quella dipende la scelta de'testimoni dal notajo, il quale presso noi è costretto a sceglierli tra la classe delle persone conoscenti.

6. Se qualora le parti o alcuna di essi non sanno o non possono scrivere, il notajo non faccia menzione in fine dell'atto della loro dichiarazione e de'motivi addotti (art. 15).

7. Se ogni foglio non sia firmato dalle parti, da'testimoni e dal notaio (art. 16).

8. Se non se ne sia data lettura, e fatta di ciò menzione in fine dell'atto (art. 20).

9. Se vi manchi la data e l'indicazione del luogo ov'è seguita la rogazione dell'atto (art. 27).

10. Finalmente il notajo che prosiegue nell'esercizio dopo la sospensione, l'inabilitazione o la rinunzia, o dopo aver accettato un impiego incompatibile (*b*) coll'esercizio del notariato, non solo incorre nelle pene cui son soggetti coloro che non essendo notai, esercitano il notariato, ed al risarcimento dei danni; ma gli atti ricevuti dopo la pubblicata sospensione, inabilitazione, rinunzia o incompatibilità, sono nulli. E lo sono egualmente se il notajo trasferito in altra provincia o valle li

---

esser domiciliati nel distretto del comune ove l'atto è rogato (art. 9) e la contravvenzione a questo articolo porta egualmente la nullità della atto e la stessa multa pel notajo. (art. 16.)

(*a*) Il nostro Autore non dissimula in detta nota che il contrario venne deciso dalla Corte di Rennes, e'l ricorso prodottone venne rigettato dalla Cassazione; ma ivi trattavasi di un testimone svizzero dimorante in Francia, ma che non godeva de' dritti civili, come si raccoglie dalle circostanze indicate in detta decisione verificate dal Grenier l. c. num. 247.

(*b*) L'ufficio di giudice di circondario, di cancelliere del medesimo, di giudice, cancelliere o vicecancelliere di una corte o di un tribunale, di regio procuratore o suo sostituto, d'intendente e sottintendente, segretario generale o consigliere d'intendenza, di ricevitore di pubbliche imposte, di commessario di polizia, di patrocinatore e di usciere è incompatibile coll'esercizio del notariato (art. 7).

avesse ricevuti nella sua prima residenza dopo la pubblicata traslocazione (art. 28).

Passando ad indicare le formalità speciali prescritte pei testamenti nella citata legge sul notariato si prescrive primieramente in essa l' osservanza di quelle ordinate nella parte 1. del Codice per lo Regno delle due Sicilie, dall' art. 896 all' art. 906, e per l' effetto risultante dalla contravvenzione delle medesime si riporta all'art. 927 delle Leggi civili (art. 18 e 26), E quì si avverta che l' art. 901 stabilisce una diversità nella fissazione de' gradi di parentela o di affinità dei legatarii che estende al quarto grado inclusivamente pe'testimoni loro parenti ed affini, mentre nella legge del notariato vien limitata generalmente al terzo grado inclusivo. Nasce ciò dall'interesse che la legge mette ad allontanare più i parenti de'legatarii che gli altri? Siane, qualunque la ragione, queste differenze fissate dalla legge debbonsi esattamente osservare.

Dippiù sotto pena della nullità dell' atto vien proibito al notajo di ricevere alcuna disposizione a favor suo e de' suoi congiunti di sopra indicati, salvo che tal disposizione si trovasse in un atto di ultima volontà non iscritto dal notajo, ed a lui consegnato chiuso (art. 8 e 26). È chiaro in questi articoli che il divieto di ricevere atti riguarda l' interesse tanto del notajo quanto de' suoi parenti: ma in questi articoli si pronunzia la nullità della sola disposizione in favore del notajo e de' suoi congiunti.

Nè testamenti per atto pubblico, e negli atti di soprascrizione nè testamenti mistici si dee, sotto pena della nullità dell' atto e della multa pel notajo, indicare l' ora precisa in cui sono stati fatti (art. 17 e 26).

Finalmente sotto le stesse pene dee il notajo dichiarare nel registro di conoscere il testatore (1). Quando non abbia tal conoscenza, e non gli basti l' assicurazione de' testimonj che intervengono all' atto, può richiedere l' intervento di due altre persone a lui note, di sua fiducia, e che abbiano le qualità prescritte per essere idonei testimonj. (art. 21 e 26.)

Nè il Codice, nè le nostre Leggi parlano della parentela dei notai o di uno di essi col testatore, ma bisogna riportarsene all' art. 8 della legge sul notariato secondo il quale sembra che se i notai o uno di essi fosse parente o affine del testatore in linea retta in qualunque grado e nella collaterale sino al terzo grado inclusivamente, il testamento sarebbe nullo.

---

(1) Quest' obbligo di dichiarar di conoscere è comune a tutti gli atti che roga il notajo. L' art. 21 dice di conoscere le parti o il testatore.

In verità in detto articolo si parla degli atti in cui *siéno parti* i parenti o gli affini de' notai ne'gradi ivi determinati; le quali espressioni suppongono un contratto e non un testamento. Ma non v' ha dubbio ch' esso debba anche in questo applicarsi, mentre, secondo il senso della legge, il testatore è la sola *parte* del testamento. Nè può dubitarsi che il legislatore non abbia riguardato l' art. 8 come una legge generale applicabile tanto ai testamenti quanto agli altri atti, specialmente avendolo dichiarato nel nostro art. 898; siccome non dee presumersi che egli abbia voluto serbar silenzio su questo caso di parentela, il quale sotto l' antica legislazione fu l' oggetto di tanti regolamenti. V. Grenier l. c. num. 250.

Quanto alla parentela rispettiva tra i testimoni, il legislatore, ne non ha in alcun luogo interloquito: quindi i notai possono adoprare come testimoni, persone della stessa famiglia ed anche coabitanti, siccome decise la Corte di Brusselles nel 25 marzo 1806 (*Sirey*, vol. 7, pag. 76). Ma la prudenza dee consigliare di non adoprar testimoni parenti tra loro, mentre se ciò non può dar luogo a nullità, potrebbe servire come presunzione onde argomentarne la falsità o la suggestione. Il signor Grenier, l. c. num. 252, desidererebbe che si pronunziasse per la parentela rispettiva de'testimoni lo stesso divieto stabilito dalla legge per la parentela rispettiva de' notai, acciò nel caso di qualche violazione delle forme richieste dalla legge, non si riguardasse come una sola testimonianza il detto di tutti que' testimoni i quali fossero tra loro stretti congiunti.

Egualmente prudente è l' evitar come testimoni l'esecutore testamentario ancorchè non sia legatario, il tutore di uno dei legatarii, o colui il quale sia nominato tutore col testamento. Dai libri di giurisprudenza, dice lo stesso savio magistrato, si ravvisa che questi casi sono stati il soggetto di controversie sulla nullità de' testamenti, ed i notai si persuaderanno facilmente quanto sia conveniente di evitarli.

§. V.

Le nostre Leggi aggiungono la sezione V. cap. V. di questo Titolo, per parlare della sostituzione volgare. Noi riuniremo in questo paragrafo tutti i cinque articoli che la riguardano.

Art. 936. « Può all' erede istituito, al donatario, al le-
» gatario, sostituirsi una terza persona nel caso che alcuno

» di essi non consegnisse l' eredità , la donazione o il legato.
» Questa disposizione vien detta *sostituzione volgare* (*a*).

Non è totalmente nuovo questo articolo. Nel Codice civile nell' art. 898 vien detto che non sarà considerata come sostituzione , ma sarà valida la disposizione colla quale una terza persona sia chiamata a conseguire la donazione , l' eredità o il legato nel caso in cui il donatario , l' erede o il legatario non la conseguissero. Tra noi questa si chiama sostituzione volgare giusta il roman dritto (*b*). La francese legislazione chiama col nome di *sostituzione* la sola fedecommessaria, ch' era stata già colle leggi de' 25 ottobre , e 14 novembre 1792 proibita ; e tal proibizione si ripete nell' art. 896 ; e l'abbiam noi pure adottata come osserveremo nel seguente paragrafo , sebbene con varie modificazioni. Ora può bene spesso avvenire il caso di non conseguirsi l' eredità , la donazione o il legato sia per volontà , sia per impotenza , sia per incapacità (*c*) ; allora nell' una e nell' altra legislazione è permesso preveder questo caso e sostituirvi altra persona (*d*).

Art. 937. « Possono sostituirsi nel modo indicato più per-
» sone ad una sola ; ed una sola a più. »

È anche ciò dal roman dritto desunto (*e*). Quindi potendosi instituir molti eredi è altresì lecito sostituir loro in uno

---

(*a*) Per sostituzione s' intende la surrogazione di una persona ad un' altra per raccogliere il profitto di una disposizione testamentaria. Essa ha due significati, l'uno indicato colla definizione data in questo articolo, e che chiamossi *volgare*, per l' uso frequente che in Roma se ne faceva per non render caduche le fatte disposizioni. L' altro riguarda la fedecommessaria, di cui faremo appresso parola. Ma col nome di sostituzione i Romani intendevano propriamente la volgare, e chiamavan l' altra col nome di fedecommesso. (V. Domat, *delle sostituzioni* , ec. e quel che abbiam detto al Cap. I , Sez. I , §. IV di queste Osserv.)

(*b*) V. prin. Instit. *de vulgari substit.*; l. 1 §. 1 e l. 4 *in princ.* ff. *de vulg. et pupill. subst.* , l. 3 , Cod. *de hered. instit.* e l. 4 , Cod. *de impub. et al. subst.*

(*c*) Questa sostituzione cessa tosto che il donatario accetta il dono, l' erede instituito o il legatario adisce l' eredità o accetta il legato (l. 5 Cod. *de impub. et al. subst.*) ; ma si ravviva se il donatario l'erede o il legatario fossero restituiti *in intero* contra l' accettazione? V. Perezio al Codice tit. *de impub. et al. subst.* che sostiene la negativa, e Domat, sulla sostituzione volgare sez. II n. 10, che sostiene l'affermativa , poggiato sulla l. 44 , ff. *de re judic.*

(*d*) Vedi le note del nostro autore sull' art. 898.

(*e*) *Et vel plures in unius locum possunt substitui , vel unus in plurium , vel singulis singuli , vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt* , l. 36 , §. 1 ff. *de vulg. et pup. subst.* Egualmente poteva sostituirsi al legatario , l. 50 , ff. *de legatis.*

o in molti gradi, e diversamente, nominando o ad ognuno un sostituito, o un solo per tutti, o molti per uno, ed anche diversificando il numero de' gradi, e delle persone de' sostituiti: può anche farsi la sostituzione non solo fra più coeredi reciprocamente, ma anche ad un legatario. Ma vi è differenza, dice Cujacio, tra il dritto di accrescere, e quello della sostituzione: *nam hereditas ex substitutione defertur tantum volenti non invito. Ius adcrescendi defertur etiam invito* . . . uno tantum casu excepto, si vulgariter sit substitutus. (*Comment. in tit.* 26 *de impub. lib.*)

Nasce quindi da questa disposizione che se fra due o più eredi ve ne fosse uno al quale il testatore avesse sostituita una terza persona, morendo colui al quale erasi instituito senz'avere adita l'eredità, il suo dritto passa alla persona sostituita; imperocchè sebbene i coeredi *congiuntamente* instituiti godano del dritto di accrescimento, questo dritto cede alla sostituzione, la quale preferisce il sostituito per la scelta che ne ha fatto il testatore, l. 2, §. 8; ff. *de bonor. poss. sec. tab.* e l. 6 Cod. *de impub. et al. subst.*

Con decisione del 14 febbrajo 1824, la nostra suprema Corte stabilì la massima che «per darsi luogo alla tacita reciproca vi è d'uopo il concorso di due estremi; che la sostituzione sia fatta al tutto, che sia fatta all'ultimo a morire; quando in somma risulta come necessaria conseguenza delle parole dell'atto: ed ove la sostituzione è fatta a più estranei simultaneamente istituiti, la generalità si risolve nelle sue specialità; e senz'attendere la morte di tutti, il sostituito si ammette alla morte di ciascuno» il che avea già assunto antecedentemente colla decis. del 24 febbrajo 1813. (Dizion. d'Armellini Tom. V. pag. 427 e 431).

Art. 938. « Se nella sostituzione sia espresso il solo caso » che il primo chiamato non possa conseguire la eredità, la » donazione o il legato, l'altro caso s'intenderà tacitamente » incluso; purchè il disponente non abbia spiegato il contrario.»

Sebbene si fosse molto contrastato tra gl' interpetri del roman dritto (*a*) sulla quistione se un caso espresso contenesse l'altro, nel foro però era sostenuta l'opinione affermativa: ma questa non era che opinione. Presentemente essa è dispo-

(*a*) Tal contrasto ebbe luogo per conciliare la legge 4, ff. *de vulg. et pup. subst.* colla legge 4, Cod. *de impub. et al. subst.* Il Duareno nel comento al tit. cit. del Digesto, ed il Vinnio ne' comenti alle Istit. *de vulg. et pup. subst.* sostennero che l'un caso non comprendesse l'altro; ma Voet al tit. delle Pandette *de vulg. et pup. subst.* colla comune de' dottori sostennero l'opposto, e questa opinione prevalse nelle decisioni.

sizione legislativa. Sia dunque che il disponente sostituisca nel caso che non si *voglia* accettare, o in quello che non si *possa*, l'uno comprenderà sempre l'altro (*a*). Ciò pure risolve tutte le quistioni che i dottori facevano sulle sostituzioni dette *compendiose*, le quali abbracciavan la volgare, la pupillare e la fedecommessaria sostituzione.

Art. 939. « I sostituiti dovranno adempire i pesi imposti » a coloro a' quali sono sostituiti; purchè non apparisca la » volontà del testatore di aver inteso limitare quei pesi alla » persona de' primi (*b*).

» Nondimeno le condizioni prescritte alla instituzione, » alla donazione o al legato, non si presumeranno ripetite » nella sostituzione, se non che quando ciò sia stato espressa» mente dichiarato » (*c*).

Ciò non ha bisogno di comento: nondimeno si noti la diversa maniera di esprimersi del legislatore quando parla dei *pesi*, e quando delle *condizioni*. Per quelli dice: *purchè non apparisca*; dunque sono sufficienti tutti que' mezzi co' quali può argomentarsi la volontà del testatore. Per le condizioni spiega: *se non che quando ciò sia stato espressamente dichiarato*; vale a dire che non si possa con argomenti o presunzioni intendere ripetute nella sostituzione le condizioni apposte nella instituzione. Aggiungiamo non pertanto che la già nostra Corte di cassazione con decisione del 5 luglio 1815 definì, che la reciproca sostituzione di due usufruttuarii sia da dichiararsi volgare e surrogatoria; mentre la parte mancante dell' usufrutto viene di dritto accresciuta al sopravveniente. (Diz. citat. pag. 437).

Art. 940. « Se tra più coeredi o legatarii a parti disu-

(*a*) La mancanza di tal disposizione nel Codice francese fa che si rimetta all' arbitrio del giudice il giudicarsi dell' intenzione del disponente per comprendersi o no il caso non espresso in quello espresso; e la Corte di cassazione non v' interloquisce, perchè lo considera come un' affare d' interpetrazione di volontà non soggetto a cassazione. V. Sirey 1814 part. 1 pag. 8.

(*b*) *Quomodo enim*, (disse Scevola nella *l. ult. ff. de legatis*. 3) *augetur ubi amplius est in bonorum possessione; sic et ubi minus est deducitur*.

(*c*) Esso è desunto dal responso di Cajo l. 73, ff. *de hered. instit.* " *Sub conditione herede instituto, si substituamus; nisi eandem conditionem repetamus, pure, eum heredem substituere intelligemur*. Diversamente nella sostituzione reciproca, come dal seguente articolo: leggesi infatti nella Raccolta del Catalani 3, 431, di aver la Corte di appello degli Abruzzi deciso nel 9 marzo 1818, che ,, nel silenzio del testatore, la sostituzione reciproca da lui ordinata sotto le antiche leggi s' intendeva fatta colle stesse condizioni apposte da esso nella istituzione ,,

» quali sarà ordinata una sostituzione volgare reciproca, la
» proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si
» presumerà ripetita anche nella sostituzione. Se poi nella so-
» sostituzione insieme co' primi nominati è chiamata qualunque
» altra persona, la parte vacante apparterrà a tutti i sostituiti
» egualmente ».

Chiara è la disposizione di questo articolo. La legge giustamente presume che la volontà del disponente sia stata quella di serbare la stessa proporzione da lui stabilita nella instituzione. Ma questa non è che presunzione: dee dunque cedere alla verità quando così che il disponente abbia espressamente voluto il contrario. *Nisi forte*, (dice ULPIANO nella l. 24 *ff. de vulg. et pup. subst.*) *alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum, nisi evidenter fuerit expressum.*

§. VI.

Un' altra sezione aggiungono le nostre Leggi al Cap. V., e il quale tratta delle *sostituzioni fedecommessarie*. Essa comprende i seguenti articoli, parte riformati parte nuovi, che tutti riuniremo in questo paragrafo per non iscindere la materia.

Art. 941. Qualunque disposizione colla quale il donata-
» rio, l'erede istituito o il legatario, è gravato con qualsi-
» voglia espressione di conservare e restituire ad una terza
» persona, sarà detta *sostituzione fedecommessaria* ».

Art. 942. « Tali sostituzioni sono vietate, eccetto ne'casi
» espressamente permessi dalla legge, e salve le disposizioni
» riguardanti la istituzione de' majoraschi contenute nella se-
» guente sezione ».

Le sostituzioni fedecommessarie, come nel principio di questo Cap. vedemmo, furon tra noi abolite colla legge de'15 marzo 1807 che venne spiegata dal decreto de' 22 ottobre 1808. Si tentò far lo stesso ne' dominj oltre il Faro nel 1812, il che ottenne poi perfezionamento ed esecuzione colla legge del 2 agosto 1818. Questa proibizione istessa è stata confermata negli addotti articoli delle nostre Leggi civili.

Il Codice francese contiene pure una simile inibizione. L'art. 896 dice così. *Le sostituzioni sono vietate. Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede instituito o il legatario, sarà incaricato di conservare e restituire ad una terza persona, sarà nulla.*

Il primo de' nostri trascritti articoli assegna la definizione della sostituzione fedecommessaria, ed è quella stessa che davano del fedecommesso le romane leggi, §. 8 e 9. *Inst. de fideic. hered.* Pare però che dovesse aggiungersi *dopo la morte del*

primo chiamato, mentre senza questa circostanza non vi sarebbe sostituzione fedecommessaria: è vero che questa si omise pure nel Codice civile, ma essa riputavasi condizione *sottintesa*, poichè nelle costumanze francesi non avea bisogno di esser indicata nè espressamente nè implicitamente, e l' uso costante d'intendere in questo senso l'obbligo di restituire, la fece adoprare semplicemente e senz' aggiungervi alla morte del donatario, erede istituito o legatario. Del resto questa espressione, come aggiunge Toullier l. c. n. 22, è ora meno equivoca per essere accompagnata dall' obbligo *di conservare* che la determina, e che è uno de' due caratteri richiesti dal Codice per distinguere le sostituzioni vietate da quelle che non lo sono. V. le nostre contro-note alla nota 349 dell' autore a questo Titolo. pag. 284.

Il secondo conferma la proibizione di queste fedecommessarie sostituzioni, ma n' eccettua i casi espressamente permessi, di cui parleremo or ora, e le disposizioni sui majoraschi. Niuna eccezione però si è fatta pei *monti di famiglie* addetti a maritaggi, a sussidj o ad altre opere private già aboliti col decreto degli 11 dicembre 1809, del quale vennero sviluppate le ragioni colla circolare de' 16 dello stesso mese del ministero di giustizia (*a*). Si considerò infatti che detti monti costituissero tante sostituzioni di persone godenti e chiamate, e che incontravano ancora la resistenza dell' art. 906 del Codice civile, il quale vieta ogni disposizione a favore di persone non concepute nell' atto della donazione, ed i godenti dei monti non erano che tanti successivi donatarii di frutti, di grado in grado all' infinito. Promulgata ne' dominii oltre il Faro la legge del 2 agosto 1818 eversiva de' fedecommessi, venne col real rescritto del 30 gennajo 1819 dichiarato che in tale abolizione era compreso *tutto ciò che sotto altro aspetto contenesse col fatto le sostituzioni anzidette*.

Art. 943. « La nullità della sostituzione fedecommessaria » non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, » della instituzione, o del legato cui sta aggiunta; restando » caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado ».

Questo articolo contiene una vera ed utile riforma del-

(*a*) Nell' abolizione de' *monti familiari* non potevan comprendersi quegli stabilimenti di opere pubbliche o di pietà che portavano il nome di *monti*, perchè contenevano ancora disposizioni in favore di private famiglie; per cui furono disciolti sólo per la parte a tali private opere addetta, con dividersi i beni tra le famiglie interessate, ed il dippiù fu riunito alle amministrazioni di pubblica beneficenza. V. tra gli altri i decreti degli 11 settembre 1809 n. 4, e 5; del 24 giugno 1810, del 6 e 20 febbrajo, 5 e 23 marzo, e del 2 aprile 1812.

l'articolo 896 del Codice abolito. Ivi si aggiugneva la nullità *anche riguardo al donatario*, *all'erede instituito o al legatario*. Questo rigore parve tra noi eccessivo, anche perchè si opponeva alle altre disposizioni delle *Leggi civili* quì adottate, le quali tanto nelle donazioni fra vivi, quanto negli atti di ultima volontà hanno per non iscritte le condizioni opposte alla legge, senza che sia la disposizione annullata (*a*).

Ninno però dubitava che vigendo l'abolito Codice, la nullità della sostituzione fedecommessaria non producesse la nullità della disposizione principale; mentre ivi non si limitò il legislatore a vietare le sostituzioni, ma sviluppando tutta l'estensione di questo divieto, e tutte le conseguenze, prescrisse che la disposizione la quale imponesse al donatario il peso di conservare e restituire ad un terzo fosse nulla non solo in se contro il terzo chiamato, ma con una seconda nullità fossero colpiti il donatario, l'erede istituito ed il legatario. Questo, secondo tutte le regole grammaticali, dice il Grenier col nostro autore, è il vero senso che risulta dalla locuzione *anche a riguardo* ec. La parola *anche* diventa una congiunzione estensiva di una nullità già pronunziata contro altri, vale a dire comune ed al chiamato ed al gravato. Il che poi venne a sezioni riunite spiegato chiaramente dalla Corte di cassazione francese coll'arresto del 18 gennajo 1808 riportato da Merlin nel suo nuovo Repertorio, alla voce *substitution fideicommissaire*, e venne seguito dall'abolita nostra Corte di cassazione colla decisione del 5 luglio 1815 nella causa sul testamento di Gennaro di Lucia.

Parve in seguito nella stessa Francia soverchio un tal rigore, e la Corte di Parigi fu la prima che nel 7 termid. anno 12 decise non esser nulle le disposizioni col peso di conservare e restituire che relativamente ai sostituiti, ed esser valide riguardo agl'istituiti. La Corte di Roano spiegò pure nel 24 agosto 1812 che quando in disprezzo del divieto contenuto nell'art. 896 del Codice una liberalità è gravata di sostituzione, la sostituzione annulla bensì la liberalità gravata, ma tale nullità non si estende alle altre disposizioni del testamento non gravate di sostituzione (*Sirey*, 14, 2, 1). Finalmente la stessa Corte di cassazione spiegò coll'arresto del 3 agosto 1814, che l'art. 896 suddetto, che colpisce di nullità la istituzione viziata di sostituzione, si estende solamente agli oggetti gravati di sosti-

---

(*a*) Come gli art. 900 † 815, e 943 † 867. Vedete pure le note del nostro autore sull'art. 896, ed ivi le diverse quistioni che han luogo sull'applicazione del medesimo, e sul vario giudicare delle corti francesi.

tuzione; talchè se la istituzione abbraccia cose sostituite e cose non sostituite, è valida riguardo a queste ultime (*Sirey*, 15, 1,7).

Qual meraviglia quindi che la nostra Corte suprema nella causa tra i fratelli Manti venne colla decisione del 20 febbraio 1820 a giudicar valida l'istituzione tutto che infetta di vietata sostituzione? Essa non adottando l'arresto della Cassazione di Parigi del 1808 di niuna autorità presso noi, si applicò all'esame di tal quistione, e dietro varii argomenti dal roman dritto desunti, uniformandosi all'avviso di quel pubblico ministero, rigettò il ricorso prodotto contro la decisione della gran Corte di Catanzaro che avea dichiarata valida la instituzione. Noi non possiamo uniformarci a tal opinione sotto l'impero del Codice civile (*a*), ma l'abbiamo annunziata per mostrare il vario opinar delle Corti supreme su questa quistione, prima che fosse sovranamente decisa dal nostro Legislatore.

Savia fu poi l'applicazione fatta dalla stessa nostra Corte suprema dell'art. 943 nella causa tra la Beneficenza e gli eredi del Duca di Rossigno pel legato di ducati centomila da lui fatto per messe e maritaggi, dichiarando colla decisione del 26 giugno 1823., non esservi in ciò sostituzione vietata, perchè senza l'obbligo di conservare e di restituire; e non doversi per mezzo di sforzate interpetrazioni alterare le volontà del testatore, ma nel dubbio riputar che questi non abbia voluto far quello che la legge proibiva, e molto meno quello che si trae dietro l'annullamento della disposizione principale. Aggiunse che i monti di pietà non si han da confondere con i monti familiari, i quali ponendo i beni nella testa di alcuni particolari individui aveano non poca somiglianza co' fedecommessi, per cui furono egualmente proscritti; ma non così pei legati di beneficenza, che diretti a sollevar gl'infelici, avendo meritata tutta la considerazione, debbon essere garentiti dal magistrato. V. nel detto dizion. Tom. V, pag. 416 e 417.

Intanto per la retta intelligenza degli articoli suddetti è necessario avvertire.

1. Che il gravato di fedecommessaria sostituzione debbe essere o donatario, o erede instituito, o legatario, cioè un vero titolare ed un proprietario de' beni, tanto se la sostituzione sia pura, quanto se condizionata o a tempo; e non già un semplice incaricato, fiduciario, ministro ed esecutore. Non vi ha sostituzione, vale a dire surrogazione di una persona

(*a*) Possiamo aggiungere che la stessa Corte suprema nella decisione del 14 febbraio 1824 disse in una considerazione che il vizio della sostituzione verificata sotto l'impero del Cod. civ. annullerebbe la istituzione. (Veggasi l'una e l'altra decisione nel Dizion. D'Armellini alla voce *Sostituzione fedecommessaria*, p. 428).

all' altra nel medesimo dritto, se non quando vi siano due donatarii con ordine successivo.

2. Che per dirsi *sostituzione vietata* richiedesi che il donatario, l' erede instituito, o il legatario sian gravati di *conservare e restituire*, giacchè l' oggetto delle vietate sostituzioni essendo stato quello d' impedire l' ammortizzazione de' beni che con tal mezzo avveniva, non si è inteso proibire che quelle disposizioni le quali un tal effetto producevano o potevan produrre (*a*).

Il seguente art. 944 non considera come sostituzione il darsi ad uno l' usufrutto e ad un altro la proprietà. Era lecita nel roman dritto questa disposizione, giusta che si rileva dalla l. 9 ff. *de usufruc. accres.* e dalla l. 26 ff. *de usu. et usuf. et red. legato*, nè veniva considerata come una sostituzione; perchè quando l' usufrutto ritornava al proprietario, non ritornava in forza di sostituzione, ma in forza della proprietà colla quale era necessario che si consolidasse quand'era spirato il dritto dell'usufruttuario, §. 3. *Instit. de usufr.*, *l.* 3 *ff. de usuf. accres.*, *l.* 17 e 27 *ff. quib. mod. usuf. vel usus amitt.* È inutile l' occuparci di questo articolo che corrispondendo esattamente a quanto è disposto nell' art. 899 del Codice civile trovasi dal N. A. già comentato.

Art. 945 « Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli » zii, le zie, i fratelli e le sorelle possono sostituire ad un » minore di anni diciotto, nel caso che questi muoja senza » figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, » ma in quei soli beni ne' quali sia stato il minore lasciato » erede ».

Quest' articolo è totalmente nuovo e può riguardarsi come un' eccezione agli art. 941 e 942, poichè stabilisce una specie di sostituzione fedecommessaria onde assicurare in famiglia un asse, che l' arbitrio di un minore di anni diciotto potrebbe distrarre; ma che non si dee confondere coll' antica sostituzione pupillare abolita dalla legislazione francese e dalla nostra. Sono in fatti essenziali le differenze tra l' una e l' altra. La pupillare poggiava tutta sulla patria potestà in modo che veniva alla madre vietato di farla; questa si fonda sulla parentela, per cui è lecito il farla alla madre, agli zii, zie, fratelli e sorelle; quella non riguardava che il figlio nel caso che morisse in età pupillare, questa si estende anche ai minori che

(*a*) Vedi ne' Comentarj alle Leggi civili lo sviluppo di questi principj nel comento ai cit. art., e quel che ne dice TOULLIER nell' esame che fa di questi principii nella citata sua opera tom. V. num. 50 e seguenti.

non han compito il loro diciottesimo anno; quella non era limitata da alcuna condizione di beni, questa non può aver luogo che ne' soli beni ne' quali siasi il minore instituito erede.

A molte quistioni può dar luogo la redazione di questo articolo. Il minore cui siasi sostituito una terza persona può egli, secondo l'articolo 820, disporre della metà de' beni dei quali sia stato fatto erede, ma ne' quali gli è nominato un sostituito? Gli autori de' Comentarii alle nostre Leggi sono dalla parte affermativa, e sostengono che solo l'altra metà è soggetta alla sostituzione fedecommessaria. Ma la legge nol dice; e non vi è alcun motivo per interpetrarla diversamente. Può il minore giunto all'età di sedici anni disporre della metà dei beni liberi, non di quelli gravati di una sostituzione fedecommessaria, come è quella stabilita in questo articolo.

Il padre e la madre possono sostituire una *terza persona* al morto senza prole prima del suo diciottesimo anno compiuto? Secondo quest' articolo lo potrebbero, ma pare che venga vietato dall' articolo 1003 il quale restringe loro la facoltà di disporre o donare coll' obbligo della restituzione ad altri che *ai figli nati e da nascere nel primo grado soltanto de' detti donatarii*.

Sarà lo stesso pel fratello al quale l'art. 1004 limita pure tal facoltà *coll' obbligo di restituirli ai figli nati e da nascere, nel primo grado solamente, de' suoi fratelli o sorelle donatarie?*

Sarà cura de' magistrati il concordare queste disposizioni seguendo lo spirito della legge, la quale nell' art. 945 avendo fatta un' eccezione al principio generale proibitivo delle sostituzioni fedecommessarie, indica doversi nel più ristretto senso applicare.

Prima di compiere questa materia delle sostituzioni giova presentare ai nostri lettori la quistione se il giudicare della esistenza o inesistenza di una sostituzione vietata sia un punto di fatto o di dritto, vale a dire se sia soggetto o no alla censura della Corte suprema. Sul principio la Corte di cassazione francese decise che quando i giudici non hanno ravvisato una sostituzione nella richiesta di conservare e restituire, una tale decisione non può offrire un mezzo di cassazione (5 gennaio 1809, rigetto, *Sirey*, 9, 1, 329); e spiegò pure nel 3 agosto 1814 che la decisione con la quale i giudici interpretando le clausole di un testamento dichiarano che contiene *legato congiunto* che produce accrescimento, è non contiene *sostituzione* fedecommessaria, offre soltanto un *mal giudicato*, ma non può risultarne un motivo di cassazione (*Ivi*, 15, 1, 14). Ma coll' arresto del 27 aprile 1819 stabilì, che quando una

Corte di appello ha deciso in fatto che una sostituzione racchiude *l'obbligo di conservare e restituire*, e l'ha dichiarata nulla per tal motivo, la sua decisione soggiace alla censura della Corte suprema (*Ivi*, 19, 1, 313). A noi pare che la quistione del fatto sia nelle sostituzioni così strettamente congiunta con quella di dritto, che tanto nel caso di ravvisarle in una disposizione, quanto in quello di renderla nulla per tal motivo, dovrebb' essere sottoposta alla censura suddetta.

§. VII.

Segue un' altra nuova sezione riguardante le disposizioni legislative intorno i majoraschi. Furono essi pure dopo la di loro abolizione richiamati a nuova vita in Francia; ma questa legge come quella ch' era di eccezione, e conteneva una istituzione politica ed un privilegio a particolar classe di persone concesso, non fece parte del Codice civile. Solo si aggiunse nella revisione che si fece del Codice nel 3 settembre 1807 un terzo paragrafo all'art. 946 così concepito « Nulladimeno i beni liberi formanti la dotazione di un titolo ereditario che il Re avrà creato in favore di un Principe o di un capo di famiglia, potranno essere trasmessi ereditariamente, nel modo che vien regolato coll' atto del 30 marzo 1806, e coll' altro del 14 agosto seguente » (*a*).

Vennero anche tra noi ristabiliti i majoraschi colla legge del 21 dicembre 1809; ma questa abolita nella restaurazione, furono riordinati colla legge de' 5 agosto 1818 che venne accompagnata da un regolamento della stessa data. Piacque di inserirsi la prima, e citarsi l'altro nelle nostre Leggi civili, e propriamente nella sezione 7 cap. V di questo Titolo. Nè di ciò contento il nostro Monarca, gli piacque altre disposizioni aggiugnere a quella prima istituzione colla legge del 17 ottobre 1822 che dichiarò doversi considerare come parte integrale delle Leggi civili sui *Majoraschi*.

Noi di tutto ciò abbiam discorso in un particolare trattato inserito nel vol. X della prima edizione, al quale aggiungeremo, quando che sia, un' Appendice per le altre quistioni risolute su tal materia nelle due legislazioni.

(*a*) V. Merlin nel nuovo Repertorio di giurisprudenza alle voci *Duc*, num. 6, e *Majorat* §. 6.

§. VIII.

L' articolo che nelle nostre Leggi trovasi dippiù nella sezione 9 di questo stesso Cap. 5 è il seguente:

Art. 976 » Quando il testatore abbia accordato la scelta » (del legato), sia all' erede sia al legatario, questo dritto » si tramanda all' erede. Fatta la scelta non vi sarà luogo a » pentimento ».

È desunto dal roman dritto, §. 23 Istit. *de legatis*. Anticamente questa scelta era facoltà che non passava agli credi del legatario, ed il legato non cominciava ad esser dovuto se non dal momento dell' accettazione della eredità; il che fu però mutato da Giustiniano, il quale dispose che il dritto di scegliere passasse eziandio agli eredi del legatario nel caso che fosse questi morto senza scegliere (l. *ult.* Cod. *de legatis*); e perciò d' allora in poi cominciò il legato *optionis* ad essere dovuto dalla morte del testatore (arg. tratto dalla l. unic. §. 6, Cod. *de caduc. test.*) Che se gli eredi del legatario si fossero trovati discordi nel fare la scelta, la sorte decideva qual fosse colui fra gli eredi che dovesse scegliere, ed egli aveva obbligo di pagare agli altri coeredi la stima della rispettiva porzione (l. ult. Cod. *comm. de legat.*) (*a*).

Allorquando il legatario aveva fatta la scelta non poteva più pentirsene e tornare a sceglier di nuovo (l. 20 ff. *de opt. legat.*), a meno che non avesse per abbaglio scelto un uomo libero in vece di un servo (l. 9, §. 1, ff. *eod.*), oppure una cosa altrui e non del testatore, ovvero anche se non gli venivano esibite tutte quelle cose tra le quali si doveva fare la scelta (l. 2, §. 2 e 3, l. 3, e l. 4, ff. *eod.*).

L' erede cui trovasi dal testatore dato il dritto di scelta non può ritardarla. Se non potesse darsi la cosa per la lontananza, egli dee scegliere fra quelle che è in facoltà di dare, o a dar la stima di alcuna delle altre (l. 47, §. 3. ff. *eod.*). Ove insorga controversia, il giudice può stabilire un termine nel corso del quale si faccia la scelta, se pur esso non trovisi dal testatore definito (l. 6 ed 8 ff. *eod.*).

(*a*) Il dritto di scelta attribuito dal testatore differiva da quello che concedeva la legge. Chi aveva il dritto dal testatore poteva scegiere anche la cosa migliore; (l. 2. prin. ff. *de opt. legata*; l. 9 §. 1. ff. de dolo): ma chi l' aveva dalla legge, non poteva passare i limiti della mediocrità.

§. IX.

L' ultimo nuovo articolo delle nostre Leggi in questo Titolo sta nel capitolo VI che riguarda le *disposizioni permesse a favore de' nipoti del donante o testatore*, ed è questo:

Art. 1005 « I figli del gravato ne' casi espressi ne' due » articoli antecedenti, succederanno ne' beni come sopra do- » nati, per proprio dritto, senza che il padre o la madre po- » tesse imporvi loro alcun peso ».

La legislazione francese, non men che la nostra, ha modificato il divieto delle sostituzioni fedecommessarie permettendo, nell' art. 1048 corrispondente al nostro 1003, al padre ed alla madre di donare la quota disponibile in tutto o in parte ad uno o più de' loro figliuoli con atti fra vivi o di ultima volontà, coll' obbligo di restituirli ai figli nati e da nascere nel primo grado soltanto de' donatarii. Lo stesso si fece valere per le disposizioni che un fratello privo di prole intendesse fare in vantaggio di un suo fratello o sorella col medesimo obbligo di restituzione ai figli loro nati o da nascere nel primo grado solamente, come stabilì l' articolo 1049 corrispondente al nostro articolo 1004.

Ora questi sono i due casi indicati nell' art. 1005, ch'ebbe in oggetto di troncar le quistioni, che si facevano nascere per sapere quando i figli de' donatarii eran chiamati come figli, e non come eredi, e perciò quando dovessero rispettare o no i pesi imposti dal primo donatario sui beni da restituirsi. La legge risolvendole tutte, dichiara che costoro succedono di proprio dritto, su' detti beni, nè sono tenuti ad alcun peso che il loro padre o madre vi sopraimponessero.

Era ciò richiesto dalla natura medesima della disposizione; ed anche nella legislazione francese il chiamato succede al disponente e non al gravato. Era lo stesso nella romana. Il gravato, dice Papiniano nella l. 67 pr. ff. *de legatis* 1, cui è stata conceduta la facoltà di scegliersi un successore fra gl' individui della famiglia, invano lo incarica coll' atto di elezione o col suo testamento della prestazione dei legati; poichè costui, dopo ch' è eletto, ha dritto di chiederne i beni in virtù di altro testamento, e si reputerà un creditore, malgrado che l' elettore cambiar potesse l' atto di ultima volontà con cui l' abbia scelto.

SEZ. III.

Degli articoli contenenti riforma o aggiunzione.

§. I.

Sull' art. 905 † 821.

Appare la prima riforma nell' articolo 905 del Codice civile per essersi tolto nel suo corrispondente 821 il secondo paragrafo, ove si diceva non aver bisogno la donna maritata nè di consenso nè di giudiziale autorizzazione a poter disporre per testamento. Ma vera riforma questa non può dirsi: si è tolta siffatta eccezione come superflua, mentre era scritta nel Titolo del matrimonio, cap. VI, ove era più a luogo. Ivi infatti si aggiunse l' art. 215 per indicare che *la moglie può far testamento senza l' autorizzazione del marito*. È stato dunque sufficiente il richiamare nell'art. 821 *le regole stabilite nel Titolo del matrimonio*. E qui convien rammentare che le nostre leggi dichiarano valida anche senz' autorizzazione del marito, la donazione che la moglie faccia ad alcuno de' figli comuni o procreati da lei con altro antecedente matrimonio (V. l' art. 306, e le nostre Osservazioni su di esso al Titolo del *Matrimonio*).

§. II.

Sull' art. 906 † 822.

2. Alla regola per la capacità di ricevere una donazione indicata nell' art. 906 del Cod. civ. si è nel nostro 822 aggiunto: » Sono eccettuate da questa regola le persone contemplate nelle » sostituzioni fedecommessarie ne' casi permessi particolarmente » dalla legge ». Era questa una conseguenza de' nuovi articoli relativi a tal materia e mentovati nella precedente sezione.

§. III.

Sull' art. 909 + 825.

3. L' esperienza de' fatti indusse il nostro legislatore ad aggiungere, nel nostro articolo 825, ai medici, chirurghi, ufiziali di sanità e speziali (*a*) di cui fa parola l'art. 909 francese, come inibiti a trar profitto dalle disposizioni tra vivi o testamentarie in loro favore ordinate durante il tempo della stessa malattia, anche *gli avvocati che avranno consigliato e diretto il testamento*, *e gli ecclesiastici che avranno assistito in detta ultima malattia*.

Avvocati. Pure se la persona non fosse legalmente tale, ma facesse da avvocato consigliando e dirigendo un testamento, sarebbe pure inibito a trarne profitto? Se i ciarlatani e gli empirici che osassero ingerirsi nella cura d' un infermo sono compresi nell' inibizione tuttochè non ufficiali di sanità, debb' esservi compreso tanto maggiormente colui che assume di far l' avvocato in questo fatto senza esserlo; poichè egli non può inspirare la stessa confidenza d' un avvocato conosciuto, ed ha sempre una presunzione contraria alla sua probità (V. il discorso del tribuno Jaubert (de la Gironde) sul presente Titolo del Codice francese, il nostro autore alla nota 32, ed il Toullier nel suo Dritto civile a questo tit. num. 68).

Quid se nel corso della malattia avesse costui consigliato e diretto non il testamento ma una donazione? Gli autori dei Comentarii alle nostre leggi dicono che il dono varrebbe, non essendo atto di ultima volontà, poichè il donante ha inteso spogliarsi in vita della cosa donata: pare nondimeno che tal non sia stata la mente del legislatore, poichè incluse tutte le persone nominate in questo articolo nella generale proibizione di trar profitto dalle disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in loro favore.

Ecclesiastici. Le stesse regole, dice il Codice civile, si osserveranno rispetto ai ministri del culto; ed in ambe le

(*a*) La semplice somministrazione di medicamenti da uno speziale non può essere assimigliata all' *assistenza* dell' ammalato nel senso di questo articolo: ma se questo speziale non perde di veduta il testatore, ed abita con lui sotto il medesimo tetto, sia nella casa del testatore, sia nella sua propria, in questo caso la quistione di sapere se la somministrazione de' rimedii unita alla frequente compagnia del farmacista costituisca una vera assistenza, è una quistione di fatto più che di dritto; e qualunque sia la decisione de' giudici non è soggetta a censura (Cassaz. franc. 12 ottobre 1812; Sirey, 13, 1, 38).

legislazioni vanno tra questi ecclesiastici compresi ancora i regolari, i quali potrebbero così acquistare, giusta l'ultimo concordato, per le loro case religiose. La legge non riguarda che l'influenza imperiosa che da tutte le persone nominate in quest'articolo può esercitarsi per diversi mezzi, e diversi principj sullo spirito degl' infermi prossimi a morire. L'ecclesiastico regolare poi ha forse maggiore interesse per acquistare per la sua religione che per se. Non s' ignora la forza che esercita sugli uomini lo *spirito di corporazione*.

Però si avverta che tal proibizione riguarda soltanto l'ecclesiastico direttore della coscienza dell'infermo, durante la sua ultima malattia (*a*).

Sarà nulla la disposizione fatta alle persone nominate in questo articolo se non direttamente ad essi, ma al di loro padre, conjuge, figli o discendenti fatta si fosse? Niun dubbio: poichè sono annoverati costoro nella classe delle persone interposte, e l' articolo 827 annulla generalmente qualunque disposizione fatta a vantaggio di persone incapaci, ancorchè celata sotto la forma di un contratto oneroso, o sotto nome d' interposte persone.

Ma sarebbe lo stesso per gli altri parenti oltre quelli nominati nell' art. 827? Ragion di dubitare può trarsi dall' art. 1100 † 1054 che parla pure dei parenti collaterali. Ma la ragione di decidere si è che la natura delle presunzioni legali è appunto di non potersi estendere da un caso, o da una persona ad altro caso, ad altra persona. Il Codice, dice Toullier l. c. n. 79, estende o restringe tali presunzioni secondo i casi ai quali le applica. Esso le ha molto esteso riguardo all' incapacità pronunciata dall' art. 1098 † 1052, che vuole non poter le persone aventi figli da precedente matrimonio, donare, rimaritandosi, al novello conjuge che la parte eguale al figlio legittimo che avrà meno. In questo caso particolare l' art. 1100 † 1054 reputa persone interposte non solo gli ascendenti del conjuge incapace, e i discendenti nati da altro matrimonio, ma benanche tutti i parenti collaterali di cui il novello conjuge sarà erede presuntivo nell' epoca della donazione, abbenchè quest' ultimo non abbia sopravvivuto al suo parente donatore.

(*a*) La Cassazione di Parigi coll' arresto de' 18 maggio 1807 (Sirey, 1807, pag. 287) nella causa di un sacerdote non confessore dell' infermo, ma che l' avea assistito durante l' ultima sua malattia, e gli avea anche data l' estrema unzione, decise che l' ecclesiastico non era incapace di raccogliere le disposizioni fatte a suo favore tutto che fosse continuamente rimasto presso l' infermo durante l' ultima sua malattia, quando non gli avesse amministrati i soccorsi spirituali.

Questa disposizione dunque non debb' essere estesa agli altri casi d' incapacità ai quali si applica l'art. 1191 † 1144, vale a dire, all' incapacità de' figli naturali, dei tutori, dei medici, degli ecclesiastici di cui si parla nel presente e nei precedenti articoli. In questi diversi casi il parente collaterale, di cui l' incapace è l' erede, può essere persona interposta, ma non è riputata tale; bisogna provar la frode, o l' interposizione (*a*).

§. IV.

Sull' art. 910 † 826.

4. All' art. 910 del Codice civile che dichiara non aver effetto, senza l' autorizzazione del Governo, le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio degli spedali, de' poveri di un comune e degli stabilimenti di pubblica utilità, il corrispondente nostro art. 826 aggiunge anche *i Corpi morali*.

Tutti questi stabilimenti sono di dritto incapaci di ricevere disposizioni, ed è perciò che quest' articolo è riportato nel cap. 2. che tratta della *capacità di disporre o di ricevere* ec.; or questa incapacità non potendo essere abolita che dal Governo, non può dunque raccogliersi l' effetto di tali disposizioni che dopo la sua autorizzazione, ed è perciò estraneo alle forme che debbono osservarsi per le disposizioni fatte in favore dei particolari. Se si trattasse di una donazione tra vivi, siccome questa debb' essere legalmente accettata, le formalità dell' accettazione sono state regolate coll' art. 937 † 861, nel quale si dispone che l'accettazione debba farsi dagli amministratori di tali stabilimenti dopo esservi stati autorizzati nelle forme. Or prima di questa autorizzazione gli amministratori non possono validamente stipulare l' accettazione, la di cui forma è necessaria per l' essenza della donazione, di modo che la validità della donazione dipende necessariamente da un' accettazione fatta in conseguenza di tale autorizzazione, e dalla notificazione di tale accettazione, qualora sia fatta con atto separato non presente il donante. L' accettazione, conclude il sig. Grenier l. c. num. 70, non può staccarsi dalla condizione della precedente autorizzazione; e finchè questa non è data, manca

(*a*) Avvertasi che l' eccezione dell' art. 909 † 825 in favore dei *parenti* non si estende punto agli *affini*. I medici e i farmacisti sono incapaci di ricevere disposizioni universali per parte degli ammalati ch' essi curano, quantunque sieno affini col testatore in terzo grado; come decise la Cassaz. franc. nel 12 ottobre 1812. (Sirey, 13, 1, 38.)

negli amministratori la capacità, e conseguentemente non esisterebbe la regolare accettazione (*a*).

Ma essendosi nel nostro articolo aggiunti tra gli altri stabilimenti i Corpi morali, sono o no tra essi compresi i Corpi morali ecclesiastici, vale a dire le Chiese? Ragion del dubbio può trarsi, 1. dal vedere nel Concordato restituita alle chiese la facoltà di acquistare, tolta di mezzo per l'avvenire la legge di ammortizzazione, e quindi ripristinati gli acquisti, come anticamente, per qualunque mezzo, senza riserva di autorizzazione; 2. dall' osservare d' altra parte che le nostre Leggi civili quando han voluto includere trai corpi morali le chiese l' hanno particolarmente indicato, come nell' art. 10 e 439, e l' hanno in questo articolo taciuto; 3. che sarebbe elusoria la facoltà di acquistare riconcessa alle chiese, qualora andasse subordinata ad una necessaria autorizzazione.

Noi crediamo però che trai corpi morali includer si debbano anche le chiese; perchè spetta al Governo di vigilare su di esse come su tutti i corpi morali i quali sono sotto la sua tutela; perchè chiaramente l' art. 10 dichiara che le chiese al pari di tutte le altre corporazioni sono considerate moralmente, come altrettante persone godenti dell' esercizio de'dritti civili secondo le leggi veglianti; perchè la nomenclatura di corpi morali soltanto in questo Titolo adoprata e nell'art. 1917 del Tit. delle transazioni abbraccia le chiese che sono sicuramente *un corpo morale* (*b*); perchè si è costantemente osservato e si osserva l' intervento di questa autorizzazione nell'accettar delle donazioni fatte a luoghi pii ecclesiastici con atti tra vivi o per testamento; finalmente perchè l' autorizzazione suddetta non è richiesta che solo in questi atti, e non negli altri contratti ed acquisti che far potessero questi luoghi. Vedete inoltre quel che abbiam detto nelle nostre Osservazioni al Tit. 1. del primo Libro, ed al Titolo 1. del Libro secondo.

(*a*) Veggasi nel Sirey, tom. 17 pag. 311, l' ordinanza del 2 aprile 1817 che fissa le regole da seguirsi per l' accettazione ed impiego della donazioni e dei legati che possono farsi in favore tanto degli stabilimenti ecclesiastici quanto di ogni altro stabilimento di pubblica utilità, in virtù della legge del 2 gennajo 1817, che permise agli ecclesiastici stabilimenti debitamente riconosciuti ed autorizzati poter acquistare per donazione o altrimenti i beni di qualunque natura, giusta l'art. 910 del Codice civile.

(*b*) Infatti nell' art. 864 si prescrive che la trascrizione delle donazioni fatte a' minori interdetti, o a stabilimenti pubblici, e corpi morali, si debba eseguire ad istanza de' tutori, curatori, o amministratori. Ora se le chiese non si comprendessero sotto questo nome, dir si dovrebbe che le donazioni ad esse fatte non sarebbero soggette a trascrizione.

§. V.

Sull' art. 912 + 828.

L' aggiunta fatta all' art. 912 nel nostro art. 828 intorno la facoltà data al nazionale di disporre a favore di uno straniero, colle parole *salve le eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo*, è stata da noi annunciata e sviluppata allorchè parlammo del dritto dell' albinato nelle nostre Osservazioni al Tit. 1 del primo Libro, ed in queste Osservazioni.

§. VI.

Sull' art. 913 + 829.

Già nelle Osservazioni all' antecedente Titolo annunciammo che per non togliersi alle donne il dritto di succedere ai loro genitori, convenne accrescere la somma della porzione disponibile a questi ultimi accordata dal Codice civile. Questo in fatti nell' art. 913 dispose che le liberalità tanto per atto tra vivi, che per testamento, non potessero oltrepassare la metà dei beni del disponente, quando questi morendo non lasciava che un figlio legittimo, il terzo se lasciava due figli, il quarto se ne lasciava tre o un numero maggiore. Il nostro articolo 829 prescrive che queste liberalità *non potranno oltrepassare la metà de' beni del disponente, quando questi morendo lasci figli, qualunque sia il numero de' medesimi.* Aggiunge e spiega in seguito, che *l' altra metà sarà* riservata a vantaggio de' figli, e formerà la loro *legittima, su di cui il disponente non potrà imporre vincolo o peso veruno*; utile spiega onde impedire che si ritardi il godimento della legittima, o si sottoponga a qualunque limitazione che ne diminuisca la libertà e l' investimento del possesso nell' istante che la successione si apre.

Questa diversità di legislazione può far nascere tra noi delle difficoltà sul modo di eseguire una disposizione fatta sotto l' impero della francese legislazione. Ma chiaramente possono esse risolversi, distinguendo se tal disposizione siasi fatta con donazione tra vivi o con testamento: nel primo caso ha luogo la legislazione vigente all' epoca della donazione (*a*), perchè i

---

(*a*) Così decisero le Corti di Grenoble e di Bordò, come in Sirey, 9, 2, 2, e 11, 2, 222. Ed è lo stesso d' una istituzione contrattuale,

beni furono irrevocabilmente donati, nè si può far retroagire la legge nuova: nel secondo è massima che il testamento non avendo effetto che dalla morte del testatore, debbe eseguirsi secondo la legge vigente all'apertura della successione.

Conviene finalmente osservare che sotto il nome di figli a quali è dovuta la metà riservata per la loro legittima vanno compresi 1.° i legittimati per susseguente matrimonio, i quali debbono avere gli stessi dritti come se fossero nati da questo matrimonio giusta il nostro articolo 255. 2.° I figli adottivi, i quali acquistano sulla successione dell'adottante gli stessi dritti che vi avrebbe il figlio nato da matrimonio, a' termini del nostro articolo 274. Ma non vi han dritto i figli naturali tutto che riconosciuti, la di cui porzione legittima viene stabilita particolarmente nell'articolo 674 che noi abbiamo analizzato nell'antecedente Titolo; nè i legittimati per grazia del Principe, i quali non possono recar pregiudizio ai figli legittimi, e succedono come i figli naturali giusta gli art. 256 e 682, de'quali pure femmo ivi parola. Gl'incestuosi, gli adulterini ed i figli del sacrilegio non hanno alcun dritto sulla paterna successione, potendo a grazia ottenere i soli alimenti.

§. VII.

Sull' art. 915 † 831.

Significante riforma ha avuto luogo tra noi nel disegnarsi la legittima dovuta agli ascendenti. L'art. 915 del Codice civile fa distinzione delle linee paterna e materna, e stabilisce che le liberalità per atto tra vivi o per testamento non debbano oltrepassare la metà de' beni se il defunto lascia superstiti uno o più ascendenti in ciascuna linea paterna e materna, ed i tre quarti, se non lascia ascendenti che in una sola linea. Il nostro articolo 831 dispone che *se il defunto in mancanza di figli lascia superstiti ascendenti in qualunque linea, le liberalità per atto tra vivi o per testamento non potranno diminuire la metà della quota che sarebbe loro spettata ab intestato.*

Ora non più di parte di beni parla quì il legislatore come nella legittima dovuta ai figli, ma di parte aliquota della quota che l'ascendente prenderebbe se il defunto fosse morto ab intestato. Ci siamo così allontanati e da ciò che l'abolito

---

e di donazione scambievole o altra di sopravvivenza fatta con contratto di matrimonio, come decisero le Corti di Torino e Parigi, e quella Corte di cassazione nel 6 vendem. an. 7 e nel 12 maggio 1812. V. Sirey, 6, 2, 957 e 535; 7, 2, 693; 1, 1, 161, e 13, 1, 12.

Codice ordinava ; e dalle disposizioni del roman dritto nella Novella 18 cap. 1. *in fin.*, *junct.* l. 1, l. 15, l. 30 ff. *de inoff. test.* Quindi la porzione agli ascendenti dovuta non sarà in proporzione dell' intera quantità di beni, ma in corrispondenza della quota che lor sarebbe toccata, se facendosi luogo alla successione ab intestato fossero eglino concorsi o no coi germani del defunto ne' termini degli articoli 668, 669, e 671 (*a*).

Sì l' una che l' altra legislazione conviene nel disporre che i beni per tal modo riservati a vantaggio degli ascendenti pervengan loro coll' ordine con cui la legge li chiama a succedere ; quindi i più prossimi nella legislazione francese sono riguardati secondo ciascuna linea.

Conclude l' art. 915 ch' « essi soli avranno dritto a que» sta riserva, in qualunque caso che una divisione in concorso » de' collaterali non desse loro la quota de' beni riservati per » essi » ; ma questo si è soppresso nel corrispondente nostro art. 831, non potendo aver luogo fra noi, per essersi stabilito negli articoli relativi alla successione degli ascendenti, ch' essi escludono sempre i collaterali, meno che quando si trattasse di fratelli e sorelle e loro discendenti, come vedemmo nell' antecedente Titolo.

(*a*) Varia allora la quota disponibile, poichè se l' ascendente è uno, e due sono i fratelli del defunto, al primo spettando per legittima la metà della terza parte, tolto dall' asse di 12 once la quota suddetta importante once 2, il defunto poteva disporre di once 10 ; poichè i di lui fratelli non hanno dritto a riserva. Se gli ascendenti son due e due sono i fratelli, spettando ad ognuno degli ascendenti la quarta parte ab intestato, la metà di questa quarta è loro dovuta per legittima, ed in conseguenza un' oncia e mezzo per ciascuno, quindi il defunto poteva disporre di 9 once ; e se uno de' genitori rinunzii, la parte mancante all' altro si accresce. Questi calcoli in esempio addotti possono applicarsi ad ogni caso ove maggior numero di ascendenti o di collaterali successibili fossero esistenti, numerandosi tante porzioni, quante sono le teste di successibili per capo, computata tutta la stirpe di un capo per una testa ; e delle quote risultanti a favor degli ascendenti, tolta la metà per loro legittima, tutto il dippiù resta disponibile. (V. i Comentarii alle Leggi civili tom. 3 pag. 499 ed il nostro autore nella nota 46 a questo Titolo, la di cui opinione si è seguita in questo articolo).

§. VIII.

Sull' art. 935 ✝ 859.

Del pari che nel Codice civile si è data nelle nostre Leggi la facoltà alla madre ed agli altri ascendenti di un minore sia o no emancipato di accettare per lui la donazione fattagli, benchè non sieno costoro ne' tutori ne' curatori del minore e benchè sieno ancor viventi i di lui genitori: ma nel nostro articolo 935 si è aggiunto, *e se uno di essi sarà il donante, l' altro potrà accettare.*

Questo incontrerebbe difficoltà nella giurisprudenza francese per la ragione che niuno può stipulare per altri relativamente ad una cosa per la quale non potrebbe stipulare da se solo per se stesso: or la madre non potrebbe accettare pel figlio senza l' autorizzazione del marito la donazione fattagli da costui; quindi nel caso in cui il padre volesse far donazione al figlio, il quale avesse soltanto il padre o la madre senz' altri ascendenti, in questo caso i scrittori francesi credono indispensabile di ricorrere al consiglio di famiglia onde ottenere la nomina di un curatore *ad hoc* di cui somministra l' esempio l' art. 936 ✝ 860. Ma allora mancherebbe l' oggetto propostosi dal legislatore di una sollecita accettazione. La giunta fatta nel nostro articolo vi supplisce (*a*).

Non vi ha dubbio che ciò debba estendersi ai figli naturali riconosciuti, siccome in Francia si estende anche ad essi la disposizione dell' art. 859 (*b*).

Finalmente riguardo alle espressioni diverse adottate in quest' articolo di *dovrà*, e di *potrà* e *potranno*, onde desumer dalla prima un' obbligazione e dalle altre una facoltà, non possiamo rispondere che colla riflessione di Toullier l. c. num. 196, di esser questa osservazione un mero cavillo, una sottigliezza forense sull' *aucupium verborum*, mentre il Codice si serve indifferentemente delle parole suddette. Noi desideriamo però che questi nei scompariscano in una revisione delle nostre Leggi civili.

(*a*) V. Grenier, l. c. num 64 e 66.
(*b*) V. Lo stesso, num. 67, e Toullier num. 195.

§. IX.

Sugli art. 937 *e* 940 † 861 *e* 864.

Sull' articolo 937 che ordina doversi accettare le donazioni fatte a favore degli spedali, de' poveri di un comune, o degli stabilimenti di utilità pubblica dai rispettivi amministratori a ciò autorizzati, spiega il nostro art. 861 valere lo stesso *per qualunque altro corpo morale*, e ciò in corrispondenza del disposto nell' art. 826, di cui abbiam fatto parola al §. 4. di questa sezione.

La stessa espressione di *Corpi morali* si è aggiunta nel nostro art. 864 all' art. 940 del Codice civile pel bisogno di trascriversi le donazioni fatte a questi Corpi, e dell' esecuzione di esso ad istanza de' rispettivi amministratori.

§. X.

Sull' art. 941 † 865.

Dopo di avere il sig. Grenier nel suo copioso Trattato, tante volte da noi citato, fatto conoscere quanto fosse difficile il risolvere la quistione se gli eredi del donante, i legatarii ed i donatarii posteriori fossero considerati dal Codice civile come persone interessate per opporre la mancanza della trascrizione di una donazione, desiderò nel num. 167 che nel Consiglio di stato si fosse dato su questo punto una spiega chiara ed estesa, onde rimuoverne tutte le incertezze. Lo stesso voto facevasi dai nostri giureconsulti, e venne esaudito dal nostro legislatore che adottando l' art. 941 del Codice, aggiunse nel corrispondente art. 865, all' eccezione riguardante il donatore, quella degli *eredi di lui*, e non senza giusti motivi, che noi aggiungeremo a quelli addotti dal nostro autore nella nota 129.

Infatti Jaubert nel suo rapporto al Tribunato sul progetto di legge relativo a questo Titolo chiaramente disse che quella eccezione abbracciava ancora *necessariamente i donatarii posteriori, i cessionarii, e gli eredi del donante.*

L' art. 941, scrisse Merlin nel suo Repertorio alla voce *Donazione* sez. 6, §. 3, è il solo che possa dar luogo a quistione molto interessante, nell' esaminare se la mancanza di trascrizione possa essere opposta dagli eredi del donante, perchè tacendo la legge su di essi, può dirsi *inclusio unius est exclusio alterius*; ma il Codice improntando questa formalità dalla legge degli 11 brumajo anno 7 che li eccettuava, non ne ha cangiato nè la natura nè l' effetto.

Le Corti francesi a poco a poco vennero ad uniformarsi a questo sentimento, e la prima fu quella di Tolosa colla decisione del 27 marzo 1808 (Denevers 1808, supp. pag. 83); e nell' anno stesso, agli 8 aprile quella di Angers (Ivi pag. 283), a 30 luglio quella di Riom, e a' 13 dicembre la Corte di Colmar (Ivi pag. 262): e così la Corte di Monpellieri colle decisioni del 19 gennajo e 27 febbrajo 1809, e la stessa Corte di Tolosa con quella dell' 11 aprile detto anno, non che la Corte di Limoges nel 16 gennajo 1810.

La Corte di cassazione mise il suggello alla giurisprudenza delle Corti reali con sua decisione del 12 dicembre 1810 nella causa tra gli eredi di Baldeyron ed il sig. Villa suo donatario citata dal N. A. nella indicata nota 129, e dietro le uniformi conclusioni del sig. Merlin (*a*); lo stesso poi confermò con

(*a*) Trascriviamo qui le sei considerazioni sulle quali basò il suo arresto questa Corte suprema, che servirono di fondamento e di motivi alla spiega fatta dal nostro legislatore.

,, La Corte considerando, 1.° che la trascrizione prescritta dall'art. 923 † 863 del Cod. civ. non risguarda sotto verun rapporto la sostanza della donazione, ch'essa è una formalità estrinseca dell' atto che la contiene; che ciò risulta dall'art. 938 del Cod. civ. *ll. civ.* 862, il quale dichiara perfetta la donazione per virtù del solo consenso delle parti; e che la proprietà degli oggetti donati si trasferisce al donatario senza bisogno di altra tradizione, purchè però ai termini dell'art. 932 † 856 la donazione sia stata accettata espressamente, e con atto autentico vivente il donante;

,, 2.° Che la formalità stabilita dalla legge degli 11 *brumajo* anno 7 nell' interesse de' creditori, e de' terzi acquirenti, e non nell' interesse degli eredi de' donanti è stata di nuovo prescritta dal Codice civile per lo stesso motivo, e senza modificazione;

3.° Che da ciò segue che quando l' articolo 941 ha detto che la mancanza di tale trascrizione possa essere opposta *da qualunque persona interessata*, è impossibile di supporre che il legislatore abbia voluto colla espressione *qualunque persona* disegnare *gli eredi del donante*: che per contrario è evidente, d' aver egli inteso parlare di coloro i quali abbiano contrattato col donante nella ignoranza delle donazioni che questi abbia potuto fare, e che non siano *responsabili del fatto suo*; cioè de' creditori verso de' quali egli siasi obbligato, e de' terzi a cui abbia venduto, e trasferito a titolo oneroso, tutto o parte de' beni de' quali si sia antecedentemente spogliato con una donazione;

4.° Che è evidente che l'espressione *qualunque persona*, non possa comprendere gli eredi del donante, poichè questi lo rappresentano, sono tenuti de' fatti suoi, e sono riputati essere con lui una sola e stessa persona; e che per sostenere con successo il contrario bisognerebbe trovare nella legge una eccezione precisa, come quella che si era inserita nell'Ordinanza del 1731;

5.° Che coloro i quali volessero opporre le disposizioni degli articoli 939 e 941 del Cod. civile † 863, 865 *ll. civ.* e pretendere che ivi si ri-

quelle del 17 aprile 1811, e 23 agosto 1814. (*Sirey*, 1815 par. 1, pag. 23).

Pur tutte queste decisioni non si pronunziano che contro agli eredi del donante, e contro di essi opinò il Delvincourt e decide pure il nostro articolo; quindi potrebbe rimanere il dubbio pe' legatarii. Ma costoro non potrebbero avere maggior vantaggio, poichè il loro titolo è tutto lucrativo, ed a similitudine degli eredi non potrebbero avere dritti maggiori del donante, come conclude Grenier l. c. num. 167; nè costoro, aggiunge il suo annotatore, potrebbero avere alcuno interesse contro la precedente donazione, poichè niun' azione propria loro compete sui beni donati. Deve infatti il legato soddisfarsi sull' asse ereditario che si compone dai beni appartenenti al defunto al tempo della morte, *deducto aere alieno*; nè possono comprendervisi i beni donati, la di cui proprietà cessa di appartenere al donante e si trasmette al donatario per virtù del semplice consenso delle parti dal momento che la donazione è stata accettata dal donatario.

Ci piace finalmente qui ricordare che i redattori delle nostre Leggi civili seguendo l' opinione del nostro Autore han reso nuovo attestato della giustizia delle di lui osservazioni; ma noi avremmo desiderato che coll' opinione suddetta si fossero adottate quelle modificazioni di cui giustamente credè su-

---

conosca una somiglianza perfetta tra la trascrizione nell' uffizio delle ipoteche e la insinuazione, per concluderne che la trascrizione rimpiazzi la insinuazione, prescritta a pena di nullità coll'Ordinanza del 1731, caderebbero in un errore evidente; poichè in fatti ravvicinando tutte le disposizioni del Codice sulla trascrizione, e combinandole con quelle degli art. 1069, 1070, 1072 † 1025, 1026, 1028 si ravvisa chiaramente che la insinuazione non è rimpiazzata dalla trascrizione nell' interesse degli eredi *de' donanti*, ma solamente nell'interesse de' creditori e de' terzi acquirenti de' detti donanti; di modo che dee rimaner fermo che gli eredi de' donanti medesimi non possono essere ammessi a domandare la nullità delle donazioni da esso fatte, sotto pretesto che quelle non erano state trascritte durante la vita de' donanti;

6.° Considerando finalmente che da tutto il fin qui detto risulta esser la trascrizione una formalità essenzialmente diversa dalla insinuazione e pel suo oggetto e per le sue conseguenze, dal che segue che la nullità risultante altra volta dalla mancanza d'insinuazione invocata contro una donazione, fatta in un' epoca in cui la formalità della insinuazione era abrogata non ha luogo; ed in conseguenza la corte reale di Monpellieri col decidere che dopo le succitate disposizioni del Codice gli eredi di Antonio Baldeyron non erano ammessibili ad opporre al di lui donatario la nullità della donazione fatta in vantaggio di costui, per non essersi la medesima trascritta vivente il donante, ha fatta una giusta applicazione della disposizione dello stesso Codice, dicui ella ha perfettamente compreso il senso, e lo spirito: Rigetta, ec. „

scettibile un tal principio; ed un' azione d' indennità contra il donatario sarebbe reclamata dalla giustizia non meno che dall' equità in alcuni casi.

§. XI.

Sull' art. 963 † 888.

L' altro nostro articolo 888 ha recato ancora una essenziale riforma all' art. 963 del Codice civile. Ivi parlandosi dei beni compresi nella donazione rivocata *ipso jure* che ritornar debbono nel patrimonio del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca, dicesi, che non potranno restare obbligati nemmeno sussidiariamente per la restituzione della dote della moglie del donatario stesso. Ma le nostre Leggi pel favore accordato alle doti han prescritto l' opposto nel cit. art. 888 spiegando che i beni suddetti *non potranno restare obbligati se non in sussidio per la restituzione della sola dote della moglie del donatario stesso* (*a*).

Tre Osservazioni su questo articolo.

La prima, che dovendo aver luogo nelle sole donazioni rivocate *ipso jure*, ciò avviene nel solo caso della rivocazione per la sopravvenienza de' figli giusta l' art. 885, mentre le rivocazioni per l' inadempimento delle condizioni o per causa d' ingratitudine non han mai luogo *ipso jure*, art. 881.

La seconda, che l' eccezione accordata dal nostro articolo riguarda la *sola dote*; non ha dunque luogo per donativi anche scambievoli, per sopravvivenza, o altri dritti dipendenti da convenzioni nuziali.

La terza, che questa eccezione non è accordata per la dote che *in sussidio*. Nell' esercizio del dritto di riversione l' una e l' altra legislazione avea accordato per la dote ed altre convenzioni nuziali il privilegio dell' ipoteca sussidiaria sui beni ritornati al donante, qualora la donazione fosse stata fatta nello stesso contratto di matrimonio dal quale risultavano tali dritti ed ipoteche. Questa ipoteca sussidiaria venne tolta dall'art. 963 del Codice civile nel caso della rivocazione per sopravvegnenza di figli, ed è stata accordata dal nostro art. 888. Se dunque

---

(*a*) Nel roman dritto se i beni suddetti si trovavano ipotecati o dati in pegno, o si fosse su di essi imposto qualche altro peso reale, si faceva bensì luogo alla rivocazione della donazione, ma però senza pregiudizio de' dritti dei terzi l. 7, Cod. *de revoc. donat.*, l. 67 ff. *de verb. signif.*, l. 3 in fin. e l. 4, ff. *quibus modis pignus vel hypot. solv.*

restassero altri beni al donante, non avrebbe più luogo. Ma nel caso di rivocazione per l'esercizio del dritto di riversione, se la moglie avesse trascurato di conservare la sua ipoteca legale in conformità dell' art. 2193 ✝ 2093 e seguenti del Codice, essa non poteva più ricorrere sussidiariamente, nel caso dell'alienazione de' beni del marito pendente il matrimonio, sui beni ritornati in mano del donante, perchè dovea imputare a sua colpa di non aver conservata la sua ipoteca (*a*). Or sarebbe lo stesso nel caso del privilegio accordato alla sola dote ed in sussidio dall' art. 888? Lasciamone la risoluzione ai magistrati. Solo aggiungiamo che nelle costituzioni di dote, quando il costituente non fa che assegnare ciò che sarebbe alla sposa spettato per legge, sia sulla propria successione del donante, sia sulla successione de' suoi maggiori, non può stipularsi la riversione, mentre la legge ammette questa condizione alle donazioni de' proprii beni del donante; chi dona ciò che al donatario spetterebbe per altro titolo, non dona, ma piuttosto adempie ad un debito che o presto o tardi avrebbe dovuto soddisfare. La nostra Suprema corte di giustizia ha in questo senso appunto giudicato nel 3 marzo 1827 nella causa tra Viti e Marta. V. *Giornale di Giurisprudenza* anno 1828 num. 9.

§. XII.

Sugli art. 973 *e* 974 ✝ 899 *e* 900.

L' art. 973 (*b*) parlava della sottoscrizione del testatore; ma non contento di ciò il nostro legislatore nell' art. 899 ha dippiù prescritto che il testamento per atto pubblico abbia da essere non solo dal testatore sottoscritto, ma *firmato in ogni foglio*: giusta cautela per impedire qualche cambiamento di foglio, cautela ch' era già in uso tra noi ed imposto dalla patria legislazione.

La stessa si è aggiunta nell' art. 974 intorno alla sottoscrizione de' testimoni. Nel nostro art. 900 è ordinato che costoro debbano pure sottoscriver il testamento per atto pubblico *in ciascun foglio*.

(*a*) V. Toullier I. c. num. 290, e Grenier l. c. num. 37.

(*b*) Omettiamo di parlare in questa sezione delle riforme portate agli art 896 e 897 del Cod. civ. da' corrispondenti nostri art. 941 i 942 e 943, per non ripetere quel che abbiam detto sulle sostituzioni fedecommessarie nell' antecedente sezione, dove di questi articoli si è discorso.

§. XIII.

Sull' art. 1001 † 927.

Le formalità prescritte ne' testamenti debbono essere osservate sotto pena di nullità: sono in ciò unisone le due legislazioni (art. 1001 † 927). Ma in quest' art. 927 appongono le nostre Leggi due eccezioni. Noi abbiam parlato della seconda nel §. 4, sez. 2, ci resta a parlar della prima che in queste parole è compresa:

» Se siasi omesso di far menzione espressa di essere stato » scritto il testamento di carattere del notajo, cui fu dettato, » tal mancanza non nuocerà alla sua validità, quando consti » legittimamente che sia stato in realtà scritto dal notajo me» desimo ».

La menzione espressa di essersi scritto il testamento di carattere del notajo non potrebbe abbisognare se non nel caso in cui si perdesse la minuta dell' atto, poichè allora come far costar legittimamente che dal notajo fu scritto? Come in fatti verificare il carattere di una carta che non più esista? (V. Merlin, repert. v. *Testament*, sez. 2, §. 2, art. 4, num. 2; ed il N. A. alla nota 197 di questo Titolo).

Parlando di formalità, avvertiamo che dal Direttore generale dal registro e del bollo venne promosso il dubbio se presentandosi al visto per bollo i testamenti olografi scritti in carta comune, dovessero gli eredi ed i legatarj esser soggetti oltre il pagamento del dritto anche a quello della multa. Questa quistione nel 1818 venne sottoposta al parere del Supremo Consiglio di Cancelleria ora abolito, dove si riflettè, che nella legge sul registro e bollo non era espressamente indicato, che i testamenti olografi dovessero essere scritti in carta di bollo, e che dove s' ingiungesse questa formalità verrebbe di molto scemata quella facilitazione e quella riservatezza accordata dalla legge ai testatori nel disporre dei proprii beni. Quindi sulla proposizione del Ministro delle finanze decretossi nell' 8 ottobre 1818.

1. Che i testamenti olografi possono essere scritti in carta comune.

2. Che gli eredi, ed i legatarii non potessero farne uso, nè i testamenti suddetti avere la loro esecuzione se non prima *vistati per bollo*, e registrati, pagandosi il solo dritto senza multa veruna.

§. XIV.

Sull' art. 1003 † 929.

Le nostre Leggi così nell'intitolazione della sez. IV, come all'art. 1003 † 929 hanno spiegato che *l' istituzione dell'erede* sia lo stesso che il legato universale. Si era questo già detto nell' art. antecedente nell' uno e nell' altro Codice. Tolte tutte le sofisticherie del roman dritto importa poco alla legge che il testatore dica di nominare il tale erede, o legatario universale, essa non si appiglia che all' idea del testatore. Quindi colla nuova legislazione le disposizioni testamentarie o sono *universali* o *a titolo universale*, o a titolo particolare. (V. Dufour sull' art. 1002 del Codice francese, ed il N. A. nel testo cap. III, sez. 2. §. 1.).

§. XV.

Sugli art. 1006 *e* 1007 † 930 *e* 931.

È per questo motivo che nel seguente art. nostro 930, che corrisponde all' art. 1006 del Codice civile, si è al legatario universale aggiunto l' *erede scritto*, onde sempre più si comprendesse non esservi alcuna diversità tra queste due espressioni, come ve n' era nell' antico dritto. Così l' uno che l' altro debbon chiedere di essere immessi nel possesso dagli eredi a' quali la legge ha riservata una quota.

E si ripete ancora nell' articolo 931, unendo il legatario universale all' *erede scritto* pel godimento de' beni della successione dal giorno della morte del *testatore*. V. quel che abbiam detto nel Cap. II. di queste *Osservazioni*.

§. XVI.

Sull' art. 1077 † 933.

Importante riforma è stata quella portata all' art. 1007. Il Codice civile francese incaricava dell'apertura del testamento, così dell' olografo (se si trovasse sigillato) come del mistico, il presidente del tribunale : ma nel regno ove non ancora si possono ottenere i tribunali distrettuali così generalmente desiderati, specialmente perchè le nostre provincie sono così vaste, sommo era l' inconveniente di tal sistema per la difficoltà e pel dispendio. Vi si è dunque surrogato coll' art. 933 *il giudice del circondario* in cui si è aperta la successione.

§. XVII.

Sull' art. 1020 † 975.

All' art. 1020 del Codice francese il quale esime quegli che dee soddisfare il legato dal render libera la cosa legata dall' ipoteca o dal peso dell' usufrutto, una necessaria aggiunzione si è fatta col nostro art. 975, ed è la seguente :

» Ma se per effetto dell' azione ipotecaria il legatario sarà
» obbligato a pagare il debito di cui era gravato il fondo le-
» gato, egli subentra nelle ragioni del creditore contra gli
» eredi e successori a titolo universale. Lo stesso avrà luogo
» parimenti a favore del legatario particolare in usufrutto, il
» quale se viene forzato a pagare i debiti per cui il fondo è
» ipotecato, avrà lo stesso regresso contra l'erede proprietario
» del fondo nel modo spiegato nell' art. 537 ».

Questo stesso ha detto il nostro Autore e nel testo al cap. III, sez. 2, §. 14, e nelle corrispondenti note 308 e 309 a questo Titolo. Ed era ben necessario risolversi dal Legislatore la differenza che tra noi su questo articolo esisteva tra le disposizioni dell' antico dritto (*a*) e l' uso di giudicare de' tribunali (*b*).

(*a*) Vedete il §. 5 Inst. *de legat.*, la l. 16, ff. *de dote praeleg.*, la l. 57 ff. *de legat.* 1, e la l. 6, Cod. *de fideicomm.*

(*b*) Quando era stato legato un fondo affetto di una qualche ipoteca non ignorata dal testatore, spettava all' erede di liberarlo ; ma se lo liberava il legatario, mediante il pagamento del debito, conveniva, perchè avesse potuto subentrare nelle ragioni del creditore contro lo erede, che si fosse fatto cedere dal creditore medesimo le sue azioni prima di eseguire il pagamento ; altrimenti se precedeva il pagamento,

Non è però che questa disposizione mancasse nella legislazione francese. Chiaramente quel Codice nell'art. 874 dispone che *il legatario particolare che ha estinto il debito di cui era gravato il fondo legato, entra nelle ragioni del creditore contra gli eredi e successori a titolo universale.* Ma siccome fu tolto dal Titolo delle successioni quest' art. 874 nella riforma della nostra legislazione, come in detto Titolo osservammo, così conveniva a suo luogo ristabilirne il prescritto; e non v' era luogo più adatto che la sez. IX la quale parla appunto *de' legati particolari.*

A ben comprendere il valore di questa aggiunzione, bisogna ricordarsi che l' art. 1020 avea dato luogo a varie difficoltà tra i giureconsulti francesi, taluni de' quali ravvisavano chiaramente un' antinomia tra questo e l' articolo 874, mentre credevano in quello trattarsi del peso imposto al legatario particolare di pagare il debito al quale il fondo legato era ipotecato, qualora colui il quale dovea soddisfare il legato non era stato espressamente incaricato dal testatore di pagare il debito. Ma in verità non esiste affatto tale antinomia, mentre, come riflette il Grenier l. c. num. 318, l' art. 1020 contiene solo un' eccezione agli articoli precedenti, di modo che tutti questi articoli sono perfettamente conciliabili. Ora a togliere ogni dubbio nel nostro articolo 974 sono stati rifusi tanto l' art. 874 quanto l' art. 1020 coll' indicata aggiunzione rischiarativa; dal che sorge chiaro che bisogna distinguere l'obbligazione di estinguere il debito, quando è giunto il tempo del pagamento, dalla conservazione o purgazione della ipoteca sul fondo legato, durante il tempo per lo quale il debito non è esigibile per lo creditore. Il legatario non può pretendere che si purghi il fondo dall' ipoteca imposta dal testatore, qualora questi non l' abbia ordinato; ma da ciò non segue che il legatario sia tenuto egli a pagare il debito senza poterne ripetere rimborso dai successori universali del defunto, secondo che opinavano taluni giureconsulti malamente interpretando i citati articoli 874 e 1020. Quest' obbligo, come ben dice il lodato annotatore del Grenier, rimane sempre a carico del successore universale, e se il legatario della piena proprietà o dell' usufrutto sia astretto a pagare, egli può agire contro costui per farsi rimborsare del debito pagato, come se

restavano con esso estinte le ragioni, e per conseguenza non si potevano più promuovere. (l. 67, ff. *de solut.*; l. 1. Cod. *de contr. jud. tutel.*, l. 36, e 69 ff. *de fidejuss.*, l. 11, Cod. *eod.*) In pratica però era ricevuta la massima che colui il quale pagava, s' intendeva che avesse avuto animo di acquistare le ragioni del creditore onde sperimentarle contro al debitore.

egli fosse il creditore ereditario, poiche il legatario particolare non è mai tenuto al pagamento dei debiti ereditarii.

Si avverta finalmente che per quello che riguarda la seconda parte dell' articolo che analizziamo, ciò che qui si statuisce non è che la ripetizione degli art. 536 e 537 sotto il Titolo della proprietà cap. 2, dove si tratta dell' usufrutto, e vi sono le stesse disposizioni analoghe nel Codice civile agli art. 611 e 612 che vi corrispondono.

§. XVIII.

Sull' art. 1024 ✝ 977.

È una spiega anzi che una riforma l' espressione *senza dritto di scelta* aggiunta all' art. 1022 nel nostro art. 977, mentre appartiene la scelta all' erede sempre che il testatore non l' abbia data al legatario, come dice il nostro autore nel testo al luogo citato §. 4, e nelle note 390 e 391 a questo Titolo, che van consultate, onde conoscere che anche in ciò si è seguita la spiega data dal Delvincourt all' articolo 1022.

§. XIX.

Sull' art. 1044 ✝ 999.

24. Per lo stesso motivo indicato nel §. 16 di questa sezione si sono aggiunte all' art. 1044 nel nostro art. 999 l'espressione *degli eredi* unendola a quella de' legatarii, l' altra dell' *istituzione* unendola al legato, e l' ultima *di ciascun coerede* unendola a quella di legatario.

§. XX.

Sull' art. 1046 ✝ 1001.

Per le cause della rivocazione de' testamenti l' art. 1006 del Codice civile si riporta a quelle indicate nell' art. 954 ✝ 879 ed alle due prime disposizioni dell' art. 955 ✝ 880; il corrispondente nostro articolo 1001 lo copia perfettamente, se non che in vece di citare l' art. 879 cita l' art. 878; che noi credemmo un errore di stampa, e lo avvertimmo nella contronota a quella dell' autore num. 339, siccome per tale errore l' indicarono gli autori de'Comentarii alle nostre Leggi. Ma leggendo ultimamente il tomo VI del *Corso di studio legale* del nostro professore sig. Apruzzese, abbiam trovato alla pag. 441

che le gran Corti civili del Regno presero da ciò occasione di proporre al Ministro della giustizia la quistione se la sopravvegnenza de' figli rivocasse il testamento ch' era una delle cause della rivocazione delle donazioni indicata nel nostro art. 878; e che il Ministro volendo sentire il sentimento e parere della *Giunta temporanea consultiva* che per le disgrazie del Regno supplì il rispettabile Consiglio di Cancelleria, n'ebbe in risposta che l'art. 1001 doveva essere oggetto di riforma per l'additata citazione, ma dovendosi dare una norma ai giudizii attuali, invocò l'art. 4 del Titolo preliminare delle nostre Leggi civili nel quale è detto che sotto pretesto di oscurità, di silenzio, di insufficienza della legge i giudici non possono ricusarsi di giudicare; savio parere dettato, come ci assicura il professore suddetto, dall'allora Avvocato generale della suprema Corte, ed ora uno de' più degni membri della Consulta del Regno sig. Criteni.

Ed infatti secondo la legislazione francese la sopravvegnenza de' figli non rivoca la disposizione testamentaria; e la ragione ce lo dicono tutti que' Scrittori, specialmente Toullier l. c. num. 669, e 'l nostro Autore nella nota num. 341. Ambi però fanno il caso della nascita d' un postumo mentre il testatore ignorasse morendo la gravidanza di sua moglie, ed il primo sebbene con dispiacere, per lo silenzio tenuto dal Codice in questo caso tutto che raro, conclude non aver luogo la rivocazione del testamento; l' altro ne sostiene, come vedemmo, l' annullamento, e con ragioni desunte dal buon senso non meno che dall' autorità della legislazione romana e della giurisprudenza francese. Il silenzio della legge sedusse il Toullier; ma se l' art. 1049 + 1004 rende invalide le disposizioni testamentarie a favore di un fratello o sorella col peso della restituzione ai loro figli, quando il donante muore con figli; ragion più forte doveva indurlo a sostener la rivocazione delle liberalità fatte ad estranei dal testatore che ignorava la gravidanza della moglie. Se la conoscenza di aver un figlio conferma il testamento, l' ignoranza di averlo deve rivocarlo. Infatti la Gran Corte civile sedente in Aquila decise che la nascita di un postumo non aveva rivocato le disposizioni testamentarie del defunto, ma pose in fatto che il testatore sapeva che la *moglie era incinta di se da quattro mesi* (Catalani t. 2. p. 186) Intanto rinnoviamo il desiderio di vedere emendata la erronea citazione occorsa nel nostro art. 1001 con un decreto come in altri casi si è fatto, mentre se una Gran Corte giudicasse diversamente, non vi sarebbe luogo a censura, perchè

non vi sarebbe violazione, ma applicazione dell' articolo suddetto, sino a che sia emendato (*a*).

§. XXI.

Sull' art. 1051 + 1007.

L' articolo 1051 francese in vece di porsi tra i riformati potrebbe collocarsi tra quelli che han subita una diversa redazione nel corrispondente nostro art. 1007. In fatti dice il francese: *se nel caso sopra espresso*, (e vi si parla delle disposizioni permesse a favore de' nipoti ec. coll' obbligo di restituire) *il gravato di restituzione a favore de' suoi figli*, *muore lasciando figli del primo grado*, *e dei discendenti di un figlio premorto*, *questi ultimi percepiranno per dritto di rappresentazione la porzione spettante al figlio predefunto.*

Il nostro art. 1007 poi si spiega così. « Le sostituzioni » anzidette non potranno oltrepassare il primo grado (*b*). Nondimeno i discendenti del chiamato predefunto hanno il dritto » di prendere la porzione del loro ascendente per dritto di rap» presentazione, quando anche esistessero figli del primo grado».

In una parola la legislazione francese non in altro si è da noi modificata che nel fare rimaner ferma la donazione l'instituzione il legato, come atto distinto dalla sostituzione, ma in quanto alle sostituzioni tutte, anche quelle del primo grado, caducate rimangono (giusta l'art. 943, come di sopra osservammo parlando delle sostituzioni), e si è voluto quì ripeterlo,

---

(*a*) Non omettiamo intanto che il lodato sig. Apruzzese conclude che " non dovendo il tribunale giudicare della legge, ma fare le sue sentenze a norma delle leggi, io opino, che fintanto che questa citazione non sarà riformata, debba sostenersi la rivocazione del testamento mediante la sopravvegnenza de' figli ,,.

(*b*) Questa sarebbe una positiva aggiunzione, se il Codice francese non avesse detto lo stesso negli art. 1048 e 1049, corrispondenti ai nostri art. 1003 e 1004. Pare dunque che qui non siasi fatto che ripeterla; ma non inutilmente, se si rifletta all'azzardata opinione del signor Malleville sull' art. 1051 del Codice civile, poichè egli sostiene che l' obbligo di restituzione sussisterebbe anche se tutti i figli del primo grado mancassero di vita prima dell' erede gravato, lasciando prole dopo di loro. Il nostro articolo dilegua ogni dubbio prescrivendo che quantunque le sostituzioni oltrepassar non possano il primo grado, ed esistessero quelli del grado ammesso, da' quali esclusi esser potrebbero gli altri fuori di tal grado, nulla di meno avrà luogo il dritto di rappresentazione; ferma intanto rimanendo la massima che se le sostituzioni suddette oltrepassassero il primo grado, esse sarebbero nulle anche ne' gradi permessi.

acciò colui che ha ricevuto i beni per sostituzione non si credesse moralmente tenuto a restituire ad altri ciò che con tal condizione gli fu lasciato, facendo prevalere alla legge la volontà del disponente.

§. XXII.

Sull' art. 1076 ✝ 1032.

All' articolo 1076 francese che riguarda le divisioni fatte dagli ascendenti per atti tra vivi, il nostro art. 1032 vi aggiunge: « Questi atti sono considerati come anticipate succes» sioni ». Ma tali sono pure quelle fatte col testamento, serbate le differenze che quella per atti tra vivi è irrevocabile, e traslativa di proprietà, onde l' erede diviene padrone de' beni in vita del dividente, nè è tenuto che come se fosse un donatario. Questa teorica è adottata da tutti gli scrittori francesi, e specialmente dal N. A., nè mai diversamente si è il citato articolo interpetrato. Gli autori dei Comentarii ci spiegano qual fu l' oggetto di quest' aggiunzione (a). Ma meglio riflettendovi bisogna esser grati al nostro legislatore di avere con questa *giunta* facilitate le divisioni fatte dai genitori, e risolute le quistioni sul pagamento de' debiti annessi all' eredità. Quanto sarebbe dolorosa per un buon padre famiglia, diceva l' Orator del governo nell' esporre i motivi di questa legge, l' idea che il prodotto delle sue fatiche che dovea render felice la sua famiglia sarebbe l' occasione di odii e di discordie! Ed a chi potersi confidare con più sicurezza la ripartizione de' beni tra i figli se non al padre ed alla madre, i quali meglio di qualunque altro ne conoscono il valore, i vantaggi, gl' inconvenienti; e che adempirebbero questa magistratura, non solamente con imparzialità di giudici, ma benanche con quella sollecitudine,

(a) L' oggetto della mentovata soggiunta, dicon essi nelle Osservazioni all' articolo citato 1032, altro non fu, se non di esentare tali atti dal dritto graduale del registro allora esistente per le donazioni fra vivi anche in linea retta. (Legge del 3 gennajo 1809 tit. 10, sez. 2, n. 14 e 15). Per cui nel progetto rimesso al supremo Consiglio di Cancelleria l' ultima parte di quest' articolo era così concepito „ : „ Questi atti sono considerati come anticipate successioni, e perciò „ sottoposti al solo dritto fisso „. Ma il Consiglio ne troncò le ultime parole, non per far novità ed alterazione veruna sul sistema nel presente capitolo contenuto, ma sulla considerazione che il regolare i dritti di registro non apparteneva alle Leggi civili, bensì alle amministrative; e vi rimase il principio come avessero le divisioni anticipate a considerarsi.

quell' interesse, quella previdenza che la paterna affezione può sola ispirare!

Ciò non ostante si temeva che questa divisione privilegiata non fosse sottomessa alle regole generali della divisione ordinaria e specialmente al pagamento de'debiti, alla vicendevole garentia ec., e si dubitava se l' eventuale supplimento che poteva farsi dal padre o dalla legge alla prima divisione le togliesse gli effetti legali che avea già ricevuto. Possono infatti vedersi nel Toullier ai num. 816 ad 818 tutti i dubbii che si facevano nascere dal silenzio tenuto dal Codice civile sulla quistione se i beni divisi tra i figli dagli ascendenti fossero soggetti ai debiti de' medesimi; e che confermavansi dal non supporre queste divisioni come anticipate successioni, al pari delle dimissioni, che quest' autore dice implicitamente abolite dall'art. 893 ✝ 813 del Codice, e dalla legge del 30 nevoso anno 12, art. 7. Or ciò era bastante a distogliere i genitori dal fare, essi viventi la divisione de' beni tra i loro figli, così utile a costoro perchè li risparmiava dalle dissensioni, formalità, dispendii della divisione ordinaria, così consolante per essi per aver assicurato con tal mezzo l' ordine e la pace nella loro famiglia.

Prevedutosi ciò dal nostro legislatore, è venuto a rassicurarli, aggiungendo al citato articolo francese 1076 nel corrispondente nostro art. 1032 la spiega espressa che questi atti di divisione debbano considerarsi come *anticipate successioni*, e quindi soggetti alle regole generali della divisione, tranne le sue particolari disposizioni.

Avvertiamo intanto i nostri lettori che il Delvincourt non fa menzione in questo Titolo nè dell' esaminato articolo nè degli altri riguardanti le divisioni fatte dal padre dalla madre o da altri ascendenti tra i loro discendenti, riuniti nel Cap. VII del presente Titolo, in quanto che ne avea parlato nell' antecedente, come possono riscontrare nel Tom. IV. pag. 221 e seguenti.

§. XXIII.

Sull' art. 1098 ✝ 1052.

L' articolo 1098 del Codice civile limitando la facoltà del conjuge che avendo figli contrae un altro matrimonio, perchè non possa donare al nuovo conjuge più della quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno, continua: *senza che in verun caso queste donazioni possano eccedere il quarto de' beni.* Queste espressioni sono state tolte nell'analogo nostro articolo 1032, per necessaria conseguenza della riforma fatta

sulla porzione disponibile di cui abbiam parlato *in* questa sez. §. 6. Il Codice francese giustamente temendo che un padre s'indurrebbe a spogliare i figli piuttosto per favorire il suo conjuge che un estraneo, stabilì non potere tali donazioni giammai eccedere il quarto, che è ivi l'ultimo termine al quale è ridotta la porzione disponibile. Nel regno ove questa porzione era della metà qualunque fosse il numero de' figli, non si avea nè primo nè ultimo termine da designare, a meno che penetrato il legislatore del motivo stesso, non avesse voluto indicare una somma minore della metà.

Checchè ne sia, pare certo fra noi che sino all'esaurimento del disponibile può un conjuge, avendo figli del primo letto, donar al nuovo conjuge, e questi morendo al terzo conjuge, purchè riunite le donazioni corrispondano alla quota del figlio legittimo che prenderà il meno, e non oltrepassino la metà de' beni di cui la legge gli accorda la libera disposizione; in modo chè quegli che dalle prime nozze ha un figlio ed abbia donato al secondo conjuge un terzo de' suoi beni, non potrà donare al conjuge in terze nozze che le rimanenti due once della metà del suo asse. (V. inoltre il N. A. nelle seguenti note 434 e 435., e gli autori de' Comentarii alle nostre Leggi nelle osservazioni all' art. 1052.).

APPENDICE

DI ALTRE IMPORTANTI QUISTIONI SU QUESTA MATERIA RISOLUTE DALLA GIURISPRUDENZA FRANCESE E NAPOLITANA.

§. I.

Sulle disposizioni generali.

1. In materia di testamenti e donazioni la pruova testimoniale è inammissibile, non solamente per provare la loro esistenza, ma anche per chiarirne le disposizioni.—Il principio di prova scritta, bastando per autorizzare la pruova testimoniale in materia di disposizioni convenzionali, non lo è del pari delle disposizioni testamentarie. — Cassaz. franc. 28 dicembre 1818 — (Sirey, 19. 1. 82.).

2. L'istrumento con cui il padre sotto le antiche leggi abbia costituito al proprio figlio il patrimonio per la professione notariale, contiene una donazione irrevocabile. — C. A. degli Abruzzi, 15 giugno 1818. — *Catalani*, 3. 176.

3. Il testamento rogato sotto le antiche leggi, secondo le forme da quelle prescritte, da colui la di cui successione siasi aperta sotto l'impero del nuovo Codice, può essere riducibile, ma è valido in quanto alla forma e validità dell' atto, quando non siansi violate le formole prescritte dalle antiche leggi del Regno.— C. A. di Lanciano, 8 gennajo 1810, e 22 febbrajo 1815 — *Ivi*, 1. 104. *Idem.* C. A. di Napoli, 28 marzo 1815. — *Ivi.* 3. 465.

§. II.

Condizioni.

1. La condizione imposta al legatario di non sposare una persona nominativamente designata è colpita dall' art. 900 † 837 del Codice civ., ed in conseguenza riputata non scritta, specialmente se avuto riguardo allo stato del legatario sia tal condizione equipollente a quella di non maritarsi. — Brusselles, 6 maggio 1809. — (*Sirey*. 9. 2. 341.)

2. La condizione imposta ad un legatario di vivere e morire in una religione designata, dee riputarsi come non iscritta. Colmar, 9 marzo 1827 — (*Sirey*, 1828. 2. 28.)

3. La donazione fatta sotto condizione risolutiva, verificandosi questa, rimane rivocata di diritto. Cassaz. napol., 15 giugno 1816. *Sup.* 2. 572.

4. Colui che va a legarsi con voti monastici può validamente inserire nel suo testamento la riserva di una porzione dei proprii beni onde provvedere ai suoi bisogni, qualora l'ordine nel quale è ricevuto venisse soppresso. — Ma nel caso d' inosservanza di tal condizione per parte di un solo degli eredi istituiti, il testatore può far annullare il testamento solo riguardo a costui e per la porzione ch' esso somministrar doveva nella somma riservata. — Liegi, 29 agosto 1809 — (*Dalloz*, V. Disposiz. tra vivi e testam.)

5. La clausola di un testamento colla quale si vieta al legatario di disporre in favore di sua moglie della proprietà ed usufrutto delle cose legate, od anche dell' usufrutto legale accordato da una consuetudine locale, è lecita e dev' essere eseguita. — Brusselles, 20 ottobre 1817. (*Ivi*, *ivi*.)

6. Quando in un contratto di matrimonio contenente istituzione di eredi a favore de' futuri conjugi, un fratello o sorella di uno di essi, ed un fratello ed una sorella dell' altro sono associati al beneficio della istituzione, pel caso in cui si maritassero insieme; con clausola che nel caso contrario, e da qualunque parte derivi la mancanza di matrimonio, l' istituzione ridondi a vantaggio de' due istituiti primitivi; la clausola di associazione non dee ricevere il suo effetto se la condizione di matrimonio non si sia avverata: una simile condizione, anzichè una clausola proibitiva, è una modificazione della istituzione; e quindi non si trova colpita dalle leggi le quali dichiarano come non scritte le condizioni che vincolano la libertà del matrimonio. — Cass. franc. 6 fiorile anno XI. — *Sirey*, 3. 1. 237.

7. La condizione di maritarsi col consenso di un *tale* può prendersi per un *consiglio* e non per *condizione*, specialmente se non vi sia clausola penale.—G. C. civ. di Trani 6 dicembre 1817.— *Man. di giuris.* tom. 3. p. 307. — Lo stesso deciso dalla G. C. Civ. di Napoli 1. cam. nella causa tra Pironti e Grimaldi nel 18 agosto 1824, e 'l ricorso fu rigettato dalla Corte suprema nel 17 febbrajo 1827.

§. III.

Capacità.

1. L'art. 901 ✝ 819 del Cod. civ. contiene una regola particolare per le donazioni e pe' testamenti la quale deroga alla generale contenuta nell' art. 504 ✝ 427. Si può in conseguenza per cagion di demenza attaccare un testamento, sia autentico, sia per atto pubblico, sia mistico, sia olografo, quantunque

la interdizione del testatore non sia stata pronunziata, nè provocata durante la sua vita, e che la demenza non risulti dall' atto medesimo. — Liegi 16 giugno 1810 — (*Dalloz, ivi.*) Ed ancorchè la pruova della demenza non risulti dall'atto impugnato. Colmar, 17 giugno 1812. *Armellini* dizion. tom. 2, pag. 516.

2. L' art. 504 † 427 non è applicabile alle donazioni nè ai testamenti specialmente regolati dall' art. 901 † 817. In conseguenza la pruova di tutti i fatti proprii a stabilire che un testatore non era sano di mente all' epoca del suo testamento è ricevibile, anche quando questi fatti non costituiscono uno stato permanente di demenza. — I legatarii non sono ammissibili a proporre come mezzo di cassazione la mancanza del principio di pruova scritta nell' ammissione della pruova testimoniale di un fatto contrario all' attestato de' notai, quando la decisione diffinitiva che annulla il testamento non è fondata su questo fatto, ma solamente su quello di non essere stato il testatore sano di mente. — Perchè una corte possa pronunziare la nullità di un testamento, basta che abbia effettivamente riconosciuto, mediante le pruove testimoniali, che il il testatore non era sano di mente quando ebbe luogo questo atto; non è necessario che siano da essa indicati fatti particolari che costituiscano uno stato di demenza. — Cass. franc. 22 novembre 1810. — (*a*) *Sirey*, 1811. 1. 73.

3. Gli eredi non sono ammissibili a far pruova della demenza di un testatore, quando essi si limitano a domandarla senza indicare con precisione alcun fatto particolare. — Besansone, 19 dicembre 1820. — (*Dalloz*, *ivi*.)

4. Si può domandare l' annullamento, per causa di demenza, di una donazione, quand' anche una sentenza irrevocabile avesse rigettato una domanda d' interdizione diretta contra il donante. — Quando una sentenza dichiara che un individuo non era in istato di demenza nè d' imbecillità, ma che la sua memoria e le sue facoltà erano soltanto indebolite, per cui gli vien destinato un consulente giudiziario, le donazioni fatte prima di questa sentenza possono essere annullate dopo la morte del donante. La sentenza che ha rigettata la interdizione non può avere l' autorità della cosa giudicata sulla validità della donazione anteriore alla nomina del consulente giudiziario. — Cass. franc., 17 marzo 1813. — (*Ivi*, *ivi*.)

5. Si può impugnare una donazione o un testamento per

(*a*) Ne abbiam fatta menzione nella c. n. alla nota 10 dell'autore.
V. pure gli arresti di detta Corte Suprema del 17 marzo 1813; del 19 dicembre 1814 e del 18 giugno 1816 nella raccolta del *Sirey*, 13. 1. 393; 15. 1. 105; e 17. 1. 158.

causa d' imbecillità o di demenza, ancorchè l' interdizione del donante non sia stata pronunziata nè provocata durante la sua vita, e che l' imbecillità o la demenza non risultassero dall' atto impugnato.—Un donatario che ha sottoscritto l' atto o sentenza colla quale si nominava al donante riconosciuto imbecille, un nuovo tutore invece di uno precedente che avea esercitato tali funzioni per molti anni, non è ammissibile a negare lo stato d' imbecillità del donante, fondandosi sul perchè la sentenza primitiva d' interdizione non fosse stata prodotta.—Metz, 16 luglio 1817 —(*Ivi*, *ivi*.)

6. Il Codice civile permette di annullarsi un testamento fatto per via di lusinghe e di suggestioni artificiose. — Bruselles, 21 aprile 1608. — Sopra tutto quando i fatti di circonvenzione si aggiungono ad altri fatti d' imbecillità o di demenza articolati dagli eredi legittimi. — Poitiers, 27 maggio 1809, — Ma vi bisogna un principio di pruova scritta propria a giustificar la circonvenzione. — Parigi, 30 germ: an. XI. — *Sirey*, 8. 2. 246, 10. 2. 23; e 3. 2. 237.

7. Sotto l' impero del Codice civile un testamento può essere annullato, come fatto *ab irato*. Quantunque l' intenzione del legislatore sia stata piuttosto di restingere che di estendere gli effetti dell' antica azione *ab irato*, non ha voluto abolirla. — Parigi, 28 frim. an. XIV. (*Sirey*, 6. 2. 169.) Ma quest' azione non può ammettersi se non come conseguenza del principio, che per far testamento bisogna esser sano di mente. — Aix, 18 gennajo 1808; Limoges 21 agosto 1810; e Lione 25 giugno 1826 — *Sirey*, 6. 2. 160; 10. 2. 521; 11. 2. 461; e 17. 2. 133 (*a*).

8. L' esser sano di mente deve escludere non solo la demenza e l' imbecillità, ma pure quella debolezza di spirito autorizzante la nomina di un consulente giudiziario. Cass. franc., 17 marzo 1813. Rigetto. Lione. *Sirey*, 13. 1. 393.

9. La pruova della demenza del testatore non può essere ammessa contro un testamento dopo la morte del testatore, se non quando i fatti articolati sono gravi, precisi, e capaci di operare una completa convizione. — Parigi, 26 maggio 1815. *Sirey*. 16. 2. 328.

10. La capacità di un donatario è giudicata dalle leggi vigenti all' epoca della donazione, se sia tra vivi.—Cass. franc., 8 ventoso an. XIII. — *Sirey*, 5. 1. 688.

11. In materia di legato condizionale, la capacità del legatario è sufficiente all' epoca dell' avvenimento della condizione. — Torino, 24 mess. an XIII, e Parigi 19 luglio 1809, e Cass.

(*a*) Questa sola di Lione si indica dal nostro autore alla nota 10.

franc., 4 germ. an. XIII. — (*Sirey*, 6. 2. 60; 10. 2. 78. e 5. 1. 311.)

12. Il minore di sedici anni può disporre della metà dei suoi beni sia o no maritato. — Parigi, 11 dicembre 1812. *Arm. diz.*, tom. 2. p. 517.

13. Il testamento del minore pervenuto all' età di sedici anni che dispone al di là della metà de' suoi beni non può produrre alcun effetto per l' eccedente, anche se la sua successione si apra quand' egli sia maggiore. — Grenoble, 1 luglio 1811. *Ivi*, *ivi*, p. 525.

14. La madre di un figlio naturale può considerarsi come persona interposta capace di ricevere o di trasmettere il suo legato. — Amiens, 6 fiorile an. 12. *Ivi*, *ivi*, pag. 534.

15. Il medico che sposa l' inferma da lui curata può godere la liberalità che la medesima divenuta sua moglie può compartirgli. — Cass. fr., 30 agosto 1808. *Ivi*, *ivi*, p. 542.

16. Il concubinato produce incapacità di ricevere? La Corte di Amiens nel 6 fior. an. 12., quella di Poitiers nel 12 giugno 1808, e quella di Nimes nel 29 termid. an. 12 sostennero che il Codice civile non contenendo disposizioni proibitive delle donazioni tra concubini, bisognava concludere che il concubinato non produceva incapacità di ricevere. Ma la Corte di Besansone sostenne nel 25 marzo 1808 l'incapacità della concubina di ricevere sotto il Cod. civ., tanto per donazione diretta quanto per disposizione simulata, e che l' autore stesso della donazione era ammissibile a proporre la sua propria turpitudine per farla annullare: e soprattutto, disse la Corte di Grenoble nel 2 gennajo 1812, quando il concubinato sia o riconosciuto o di notorietà pubblica, in modo che non occorra fare delle ricerche scandalose; anzi lo stessa Corte di Poitiers nel 23 termid. an. 11 dichiarò ammissibile la pruova del concubinato, se vi era principio di pruova scritta o notorietà pubblica a riguardo de' fatti allegati. Finalmente quella Corte di Cassazione nel 13 agosto 1816 decise che le donazioni tra *concubini adulteri* proibite quando fu pubblicato il Codice, lo erano ancora dopo tal pubblicazione, e la loro nullità doveva essere pronunciata, quand' anche avesse avuto luogo in paese estero tra persone unite in matrimonio. V. *Sirey*, 4. 2. 149; 8. 2. 232; 7. 2. 1201; 9. 2. 4; 13. 2. 11; 3. 2. 492; e 16. 1. 343.

17 La disposizione dell' art. 911 + 827 Cod. civ. che reputa il padre e la madre persone interposte a riguardo del loro figlio se costui è incapace in se stesso di ricevere la donazione che gli è fatta, è generale ed assoluta. Essa si applica ai genitori de' figli naturali ed anche adulterini

del pari che ai genitori legittimi. Essa non permette in verun modo che i giudici si decidano per via di *congetture* e neppure con delle *pruove* contrarie alla presunzione stabilita dalla legge. Quindi è nullo essenzialmente il legato fatto alla madre di un bastardo adulterino dal padre riconosciuto di questo bastardo, ancorchè apparisse che il legato fosse stato fatto alla madre per pura affezione verso di lei; quantunque il suo bastardo adulterino sia incapace di succedere a questa madre, e conseguentemente di trovare nella di lei successione il legato universale del padre; ed in fine, ancorchè la madre, avendo disposto del legato, abbia indicato nella sua disposizione ch' essa non era interposta per trasmetterlo a suo figlio. Cassaz. franc., 13 luglio 1813, *Sirey*, 13i 1. 36.

18. . . . . In questo caso però la dote e le convenzioni matrimoniali non possono essere annullate come simulate, o contenenti un vantaggio indiretto, come decise la Corte di Angers nel 13 agosto 1806. *Ivi*, 7. 2. 1104.

§. IV.

Donazione.

1. La donazione tra vivi stipulata sotto forma di vendita, non può riputarsi valida. — Caen, 16 luglio 1812. *Armellini* dizion., tom. 2. pag. 590.

2. Il semplice intervento del donatario nell' istrumento di donazione non viene mai ad elevarsi ad accettazione formale, dappoichè quest' atto deve comparire fatto all' oggetto; e quando anche voglia emendarsene il difetto coll' accettazione della stessa donazione dopo che il donante ha disposto de' beni stessi a favore di altri, la prima donazione non acquista validità. Corte suprema napol., 14 aprile 1821.—*Ivi*, *ivi*, p. 592.

3. L' esecuzione volontaria data dallo stesso donante alla sua donazione dee riputarsi valevole a riparare i vizii ch' egli dice commessi nella donazione medesima. — La stessa, 7 febbrajo 1823. *Ivi*, *ivi*, pag. 598.

4. I terzi compratori a titolo oneroso non possono giovarsi del difetto di trascrizione della donazione di beni immobili, come possono giovarsene i creditori. Colmar, 4 agosto 1812. *Ivi*, *ivi*, p. 602.—Al contrario: dalla Corte di Caen si decise nel 27 gennajo 1813, potersi ciò opporre dai terzi compratori, ma non già dai legatarii del donante. *Ivi* p. 604.

5. Il patto della irrevocabilità non è bastevole a definire per donazione tra vivi una sostituzione reciproca tra due; malgrado l' esecuzione dipendente dalla loro volontà; mentre

ogni donazione reciproca vien compresa nella classe delle donazioni semplici non ostante il patto dell' irrevocabilità. Corte suprema napol., 18 settembre 1822. *Ivi*, *ivi*, p. 607.

6. Colla morte del donatario si rende caduca la pensione vitalizia per lui riservata.—Aix, 17 termidoro anno 13.—*Ivi*, *Ivi*, p. 607.

7. Donata la proprietà de' beni coll' obbligo di restituirli ad altri dopo la morte del donatario, le susseguenti espressioni di usufrutto e di usufruttuario costituiscono nel donatario soltanto un dominio risolubile, ed un usufrutto casuale, non già un usufrutto formale. — Cass. napol., 11 febbrajo 1813. *Ivi*, *ivi*, p. 618.

8. Il conjuge contro cui si ammette la separazione personale per sevizie e maltrattamenti perde gli utili ricevuti dall' altro conjuge. — Caen, 22 agosto 1812. — *Ivi*, *ivi*, p. 630.

9. Un atto il quale costituisce una rendita vitalizia per alimenti e per ricompensa di servizii resi da un domestico è piuttosto pagamento di debito che donazione; conseguentemente non può rivocarsi per sopravvegnenza di figli.— Brusselles, 16 gennajo 1812.—*Ivi*, *ivi*, p. 634.

10. La chiamata de' figli del donatario alla proprietà di un immobile il cui usufrutto era stato donato al di loro padre non può aver luogo durante ancora la vita di costui e somministrare azione di rivindicarlo. Corte sup. napol., 16 novembre 1820. *Ivi*, *ivi*, p. 637.

11. Quali sono i caratteri distintivi di regresso e della sostituzione? V. la decis. della Corte di cass. franc. del 22 giugno 1812. *Ivi*, *ivi*, p. 639.

12. I conjugi possono farsi donazione tra vivi durante il matrimonio, senza che il donante si spogli irrevocabilmente. Cass. fr., 36 giugno 1807. *Ivi*, *ivi*, pag. 646.

13. Le donazioni a causa di morte possono rivocarsi per la espressa e presunta volontà del donante; ma non mai una clausola revocatoria in termini generali e vagamente indicata può valere come dichiarazione espressa d' una contraria volontà. Corte suprema napol., 10 febbrajo 1827. *Idem. Supplem.* p. 248.

14. Anche le donazioni fatte nel contratto di matrimonio e per causa di esso, sotto l'impero del dritto romano, sono rivocate per la sopravvegnenza de' figli. Cass. nap., 14 giugno 1810. *Ivi*, *ivi*, p. 253.

15. La donazione tra vivi che un marito ha fatto a sua moglie, con contratto di matrimonio, di tutti i beni che aveva in quell' epoca, non è rivocata dalla sopravvegnenza

di un figlio che il *donante*, rimasto vedovo, ha avuto da un matrimonio posteriore. La stessa, 29 messidoro anno 11. *Ivi*, 4. 1 21.

16. Nella risoluzione di una donazione per sopravvegnenza di figli al donante, i frutti maturati nel tempo intermedio si acquistano al donatario; e la proprietà delle cose donate è di dominio risolubile nel sopravvenimento de'figli al donante, in modo da non doversi aver conto delle alienazioni o ipoteche contratte dal donatario nel tempo intermedio. Cassaz. napol., 24 agosto 1812. *Supp.* 1. 501.

17. Sotto l'impero del Codice civile le rinunzie de' beni fatte per tutt'altro atto che quello di una donazione tra vivi, sono sempre rivocabili ad arbitrio. Ed in questo caso, se esse non sono rivestite della forma di testamento, sono radicalmente nulle. Cass. franc., 26 frimajo anno 14.—*Sirey*, tom. 7. parte 2. pag. 891.

18. L'atto di donazione in cui il notajo abbia mancato di dire ch'erano a sua conoscenza il donante e'l donatario, è nullo. C. A. degli Abruzzi, 14 settembre 1808. *Catalani* 3. 178.

19. In un atto di donazione non è necessario far menzione di essersi letto al donante ed ai testimoni. Cassaz. napol., 23 dicembre 1817. *Sup.* 2. 482.

20. Le donazioni a mano non sono soggette alle formalità richieste per la validità delle donazioni. La tradizione reale basta per la validità di una donazione a mano di effetti mobili, e titoli di crediti anche ipotecarii, la di cui semplice consegna ne fa passare la proprietà alla persona gratificata. Particolarmente il dono di biglietti ad ordine può esser validamente fatto con la consegna dei biglietti con girata in bianco, e questa consegna può esser fatta da un terzo, anche dopo la morte del donante. Treveri, 16 dicembre 1817; Parigi, 11 febbrajo 1808; e Cassaz. franc., 12 ottobre 1815.—*Sirey*, 8. 2. 73 e 78; 16. 1. 322.

21. Il padre donante è risponsabile verso suo figlio minore donatario, di non aver reso valida ed efficace coll'accettazione di un tutore *ad hoc*; la donazione fattagli. Cass. fr., 11 giugno 1816. *Ivi*, 17. 1. 114.

22 L'obbligazione imposta in termini indefiniti al donatario di pagare i debiti del donante, porta la nullità della donazione. È lo stesso dell'obbligazione messa a carico del donatario di dare una somma determinata a ciaschedun domestico, che il donante avrà al tempo della sua morte. La stessa, 17 termidoro anno 7. *Ivi*, 1. 1. 235.

23. Una donazione fatta a de' conjugi con contratto di

matrimonio è valevole, quantunque sia fatta sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante: una tale donazione non è regolata dall'art. 944 † 868 che annulla la donazione fatta con tali condizioni. La stessa, 27 dicembre 1815. *Ivi*, 16. 244.

24. La disposizione con la quale il padre e la madre donano alla loro figlia nel contratto di matrimonio la metà dei loro beni, riservandosi l'altra metà per disporne a loro piacimento, e dichiarando che se non ne dispongano apparterrà alla donataria, è una *disposizione a causa di morte*. Cassaz. franc., 9 gennajo 18.7. *Sirey*, 17. 1. 49.

25. Il donatario anche per anteparte di una quota di beni presenti e futuri il quale non ha fatto unire alla donazione lo stato estimativo dei debiti allora esistenti, dee sopportare la *totalità* dei debiti della successione, sino alla capienza del dono, e non pro rata soltanto del suo emolumento, come il legatario a titolo universale. Quindi egli dee pagare in totalità la dote costituita nell' atto medesimo dal padre comune ad uno de' suoi coeredi che rinuncia per attenersi alla donazione. Poco importa che la dote sia costituita in una classe *posteriore* alla donazione: le due disposizioni essendo nello stesso atto, non vi è luogo ad applicare l'art. 1083 † 1039 Cod. civ. il quale proibisce al donante di beni futuri ogni donazione a titolo gratuito, *posteriormente* alla donazione. La stessa, 12 novembre 1818. *Ivi*, 19. 1. 391.

26. La disposizione che stabilisce delle *presunzioni* relative alla interposizione di talune persone, non è esclusiva della *pruova* d'interposizione relativamente ad ogni altra persona. Quindi la donazione fatta ad un fratello dell' incapace, può secondo le circostanze essere dichiarata fatta ad interposta persona, quantunque il fratello non sia compreso dalla legge nel numero nelle persone riputate interposte. La stessa, 27 marzo 1816. *Ivi*, 16. 1. 433.

§. V.

Legato.

1. Istituito un Legato pio col peso di celebrarsi annualmente un numero determinato di messe, e chiamata dal disponente prima la linea maschile e poi la femminile di sua discendenza alternativamente al godimento de' fondi componenti il legato stesso ed alle obbligazioni annesse, possono i discendenti della linea femminile chiedere la divisione di questi beni? La nostra Corte Suprema decise negativamente nel 21 gennajo 1825. *Armellini*, diz. tom. 4 pag. 12.

2. Non si può stabilire dal giudice per la più facile esazione del legato alcun assegnamento in favore del legatario,

come imposizione onerosa al debitore. La stessa, 12 gennajo 1820. *Ivi*, p. 17.

3. Istituito un legato pio nella famiglia del testatore, se costui espressamente non vi chiama un cherico attuale, la sua volontà si ha per adempita, se in tempo della vacanza il chiamato sia abile a divenir cherico; mentre la qualità chericale dee considerarsi per l'*abituale* non per l'attuale. La stessa, 15 febbraro 1811. *Ivi*, *Supp.* p. 308.

4. Gli eredi collaterali possono esigere contro il legatario universale e nel tempo stesso esecutore testamentario, che si faccia un inventario della eredità, ed alla loro presenza. Trib. di Versailles, 26 brum. an. 12. *Ivi*, *tom*. 6 p. 127.

5. Tra i debiti ereditarii ai quali per l'art. 797 + 714 del Cod. civ. è tenuto il legatario universale o l'erede istituito, può rinvenirsi un debito convenuto coll'arresto personale cui siasi assoggettato il defunto; tale obbligazione si ha per estinta col defunto o passa all'erede? V. *Ivi*, *ivi*, p. 135.

6. Il legato a dei successori del quarto di tutti i beni del testatore, per essere questo quarto riunito alla metà ch'essi sono chiamati a raccogliere nella di lui eredità, si reputa fatto per anteparte e fuori parte. Melun, 18 pratile an. 12; e Parigi, 15 piovoso an. 13. — *Sirey*, 4. 2. 159, e 13. 2. 330.

7. Il legato di un corpo certo non può essere diminuito per pagare il legato di una somma di danaro, in caso d'insufficienza dei beni della successione, onde soddisfare tutti i legati particolari. Parigi, 29 novembre 1808. *Ivi* 9. 2. 36.

8. Quando un testamento contiene un *legato* universale, valido in se, poco importa che siavi in seguito un *peso* imposto al legatario, di adempire le intenzioni segrete del testatore per una quota indefinita. Se questo peso è una disposizione nulla come legato incerto, la nullità giova al legatario universale e non ai successibili. Ma non può dirsi che il legato universale e 'l peso imposto per una quota indeterminata, formano una sola disposizione viziata dalla stessa nullità. Cassaz. franc., 14 dicembre 1819. — *Sirey*, 20. 1. 131.

9. L'erede che riceve il pagamento d'un legato, esegue il testamento, e rinunzia al dritto di attaccarlo. La stessa, 13 marzo 1816. *Ivi*, 16. 1. 425.

10. Un legatario universale può *nomine proprio* intentare un'azione di ricorso civile contro le sentenze ottenute dal testatore che l'ha istituito. La sua qualità di legatario universale non lo rende inammissibile nella sua dimanda, cioè non confonde i suoi dritti con quei del testatore, egli è un *terzo* a di lui riguardo e non un *rappresentante*. La stessa, 1 germ. an. 11. *Ivi*, 3. 1. 535.

11. Un legato a titolo universale partecipa della natura del legato universale, in questo senso, che nè l'uno nè l'altro di questi legati può essere soddisfatto in danaro contro la volontà del legatario. La stessa, 13 gennajo 1807, *Ivi*, 7.1.121

12. Il legato di una somma di danaro non può essere soddisfatto, malgrado il legatario, colla cessione di un contratto di rendita producente una rendita uguale all'interesse annuale di questa somma, ancorchè il legatario sia un'ospizio o altro stabilimento di pubblica beneficenza. La stessa, 8 fruttid. an. 13. *Ivi*, 7. 2. 1083.

13. La nullità de' legati particolari non porta seco la nullità del legato universale. La stessa, 2 brum. an. 8. *Ivi*, 1. 1. 250.

14. Il legato che fa il testatore della sua propria roba, nel caso in cui venisse contradetto il legato che fa della cosa altrui, deve avere effetto, ancorchè la contestazione non nasca dal fatto de' suoi eredi. Un tale legato non è *penale* nel caso che la contestazione provenisse dagli eredi, esso è condizionale, nel caso in cui il primo legato resterà senza effetto. Qualunque siasi il senso di siffatta clausola essa è una quistione di volontà, la soluzione della quale non può offrire un mezzo di cassazione. La stessa, 17 gennajo 1811. *Ivi*, 13. 1. 425.

15. Quando gli eredi legittimi offrono una somma sufficiente pel pagamento de' legati, l' esecutore testamentario non ha dritto d' immischiarsi nella successione, ancorchè sia stato incaricato dal testatore di vendere i beni. Brusselles, 16 marzo 1811. *Ivi*, 12. 2. 41.

16. Il legatario universale di età maggiore, capace di esercitare tutti li dritti che gli appartengono, può trattare sull' eredità con l' esecutore testamentario, ancorchè quest' ultimo non gli abbia reso il conto ai termini dell' art. 1031 + 896 del Codice civile. — Qui non si applica l'articolo 472 + 395 del medesimo. Parigi, 10 maggio 1808. *Ivi*, 7. 2. 973.

§. VI.

Quota disponibile e Riduzione.

1. Il figlio donatario dopo aver accettata la donazione precipua fattagli dal padre, non può pretendere che il valore de' beni donati ritorni fittiziamente nella massa ereditaria per ingrandire la sua porzione di riserva; ond'è che precapita la donazione sul residuo del patrimonio si calcola la riserva. — Decis. della Corte di Cass. napolit. del 15 agosto 1812. *Armellini*, Dizion. tom. 2. pag. 560.

2. La dichiarazione che la donazione o legato sia a titolo di anteparte o di prelegato può esser ammessa in termini equipollenti. Cass. Franc., 25 agosto 1812. *Ivi*, *ivi*, pag. 569.

3. Per non computarsi sulla sua parte un legato fatto ad un successibile fa d'uopo che il testatore lo esprima per *anteparte*. Melun, 18 prat. an. 12. *Ivi*, *ivi*, pag. 572.

4. La dichiarazione prescritta dall'art. 919 † 835 si ricerca benanche nelle disposizioni testamentarie. Torino, 7 prat. an. 13. *Ivi*, *ivi*, pag. 574.

5. I collaterali non possono domandare alcuna riduzione della donazione fatta a favore de' domestici, perchè la legge non accorda loro alcuna riserva. — Cass. franc., 20 ottobre 1812. *Ivi*, *ivi*, pag. 571.

6. La disposizione dell'art. 904 † 820 si reputa regola di capacità e non regola di quota disponibile. In conseguenza il legato fatto da un minore non può aver effetto che per metà di ciò che avrebbe potuto donare se fosse stato maggiore, ancorchè muoja nello stato di maggiore età. Grenoble, 7 luglio 1811. — *Sirey* 13. 2. 4.

7. Gli effetti di una donazione tra vivi, come tutte le quistioni di riserva e di riduzione, sono regolati non dalle leggi esistenti all'epoca della morte del donante, ma da quelle vigenti all'epoca della formazione della donazione. Grenoble, 27 gennajo 1809, e Bordò, 25 maggio 1808.—*Sirey*, 11. 2. 222, e 9. 2. 2.

8. È lo stesso di una istituzione contrattuale. Torino, 15 marzo 1806; e Parigi, 27 maggio 1807. *Ivi*, 6. 2. 535, e 7. 2. 693.

9. È lo stesso se trattasi di una donazione scambievole o altra donazione di sopravvivenza fatta con contratto di matrimonio. Cass. franc., 6. vendemiale an. 7, 18 maggio, e 9 luglio 1812. *Ivi*, 1. 1. 161, 13. 1. 12; e 13 1. 29.

10. Ma è la legge in vigore all'epoca della morte del testatore, e non quella vigente all'epoca della formazione del testamento che deve fissare tutto ciò che riguarda il disponibile de' beni, la quota delle disposizioni testamentarie. La stessa, 28 germinale an. 11. *Ivi*, 3. 2. 448. Così la quistione di sapere se son dovute delle legittime, si regola colla legge vigente in tempo della morte, non con quella esistente all'epoca della donazione. La stessa, 20 novembre 1815. Rigetto. *Ivi*, 16. 1. 356.

11. La *riserva* è ella una porzione ereditaria, unica, devoluta alla massa degli eredi, ovvero v'è una riserva particolare a ciascuno de' successibili? L'antica *legittima* si trova coi medesimi caratteri essenziali di ciò che noi chiamiamo

oggi riserva? Il figlio donatario, se non è erede può prender parte alla riserva come poteva una volta ritener la legittima? Veggasi la decis. della Corte di Cassaz. franc. del 18 febbrajo 1818 in *Sirey* 18. 1. 98.

12. Quando una vendita da padre a figlio è fatta a fondo perduto, ha un carattere di donazione che la rende riducibile alla quota disponibile. Colmar, 15 novembre 1808; e Brusselles, 30 maggio 1812. *Ivi*, 11. 2. 42, e 13. 2. 46.

13. Un contratto a titolo oneroso contenente un vantaggio indiretto a favore d' una persona capace di ricevere non può essere annullato come intaccato di frode e di dolo a motivo della liberalità che contiene; nè per vizio di forme, per non essere rivestito di quelle prescritte per le donazioni; solamente se l' utile diretto eccede la quota disponibile, soggiace a collazione. Cassaz. franc., 13 agosto 1817. *Ivi*, 17. 1. 383.

14. L' erede istituito tassativamente nella quota disponibile, non può esimersi dalla collazione quante volte non ne sia stato esentato o espressamente o per equipollenza da desumersi dallo insieme del testamento. C. A. degli Abruzzi, 26 settembre 1817. *Catalani*, 1. 76.

15. I giudici non possono ridurre un legato universale quando questo non pregiudica una riserva. Niun pretesto di circonvenzione o di suggestione può autorizzare una riduzione. Cass. franc., 22 gennajo 1810. *Sirey*, 10. 1. 107.

16. Tutto ciò che il padre o la madre han dato in dote o in acconto di eredità al figlio premorto senza prole, dee rapportarsi, realmente o fittiziamente, alla massa della loro eredità ed imputarsi sulla quota disponibile di cui avrebbero potuto disporre in favore di alcuno de' figli superstiti. La stessa, 19 maggio 1819. *Ivi*, 19. 1. 412.

§. VII.

Sostituzione.

1. Quando il testatore dopo la istituzione dell' erede generale fa un legato *in caso di morte dell' erede istituito*, questo legato si considera come una sostituzione vietata. Cass. fr., 8 giugno 1812. *Armellini*. Dizion. tom. 5, pag. 400.

2. La clausola che un oggetto donato appartenga al donatario universale nel caso che il donatario particolare venisse a morir senza figli, contiene una vera sostituzione fedecommessaria, e malamente si qualifica per dritto di regresso. Cass. fr., 22 giugno 1812. *Ivi* p. 405.

3. Rimanendo viziata la istituzione, rimangono anche vi-

ziate le sostituzioni vietate? La cass. fr. nella causa Bayet nel 1808 decise per l'affermativa: ma la nostra corte suprema si determinò per la negativa, colla decis. del 26 febbrajo 1820, nella causa sul testamento di Domenico Manti. *Ivi*, p. 407.

4. Se uno chiamato al fedecommesso nelle di cui mani li beni fedecommessati fossero passati, rinunzia questi beni all'altro che gli dee succedere per disposizione dello stesso testatore fedecommettente, questa rinunzia è valida di dritto. Corte sup. nap., 1 febbrajo 1823. *Ivi* p. 412.

5. Un legato per maritaggi, qualunque siasene la somma, non può dichiararsi infetto da vizio di sostituzione. La stessa, 26 giugno 1823. *Ivi* p. 415.

6. La reciproca sostituzione di due consufruttuarii dee dichiararsi volgare e surrogatoria; mentre la parte mancante dell'usufrutto viene di dritto accresciuta al sopravveniente. La Cassaz. napol., 5 luglio 1815. *Ivi*, p. 442.

7. Per conoscere se la validità della istituzione, della donazione e del legato che fan parte della vietata sostituzione fedecommessaria sia o non sia pregiudicata dalla stessa sostituzione, è mestieri di seguirsi la lettera del testamento. Quindi le quistioni di volontà rimangono soggette alla sola estimazione de' giudici ordinarii. — Decis. della Corte di Cassazione napol. del 5 dicembre 1810. *Ivi*, *Supp.* pag. 465.

Lo stesso si era deciso dalla Cassaz. franc. nel 5 gennajo 1809. *Sirey*, 9. 1. 329.

8. Istituito un Monte laicale con i beni della successione, la destinazione del curatore alla amministrazione di questi beni esclude i chiamati sostituiti nella successione medesima. Corte sup. nap., 28 aprile 1827. *Armellini*. *Supp.*, pag. 471.

9. La disposizione colla quale un conjuge dona al suo consorte l'usufrutto de' suoi beni nel caso che i figli che lascerà il donante premorissero al donatario non è una sostituzione vietata. Corte di Brusselles, 17 aprile 1806. Nè quella in cui il testatore lega i suoi beni, ma soltanto in usufrutto, nel caso che l'erede legittimo giungesse alla sua maggiore età. La stessa, 13 dicembre 1809. *Sirey*, 6. 2. 271, e 10. 2. 227.

10. Il Codice civile ha colpito ed annullato senza vizio di retroattività tutte le sostituzioni pendenti e non verificate, le quali non aveano agl'immediati chiamati trasferito che il semplice eventuale dritto di aspettativa. Cassaz. napol., 9 novembre 1811. *Collez. Sup.* 1. 16.

11. Istituiti due eredi uno puramente l'altro sotto condizione, la istituzione del secondo non può considerarsi come una sostituzione. La stessa, 5 luglio 1815. *Ivi*, 2 532.

12. La sostituzione volgare non comprende tutti i casi in

cui il primo istituito non è erede: i giudici almeno possono decidere per via d' interpretazione di clausole, che il sostituito non è chiamato per lo caso in cui il primo istituito si trovi escluso a cagione di qualche nullità del testamento. Cassaz. franc., 8 agosto 1814. *Sirey*, 15. 1. 7.

13. Non si contiene sostituzione fedecommessaria in quella donazione tra vivi, nella quale il donante dona dapprima tutti i suoi beni a due persone, e con alcune condizioni, la prima delle quali sia che il donante serba per se l' usufrutto; la seconda, che dopo la sua morte l' usufrutto sia unitamente dei due donatarii; la terza che dopo la morte di uno dei donatarii la proprietà e l' usufrutto siano interamente consolidati in persona del donatario superstite. C. A. di Lanciano, 6 marzo 1811. *Catalani*, 2. 183.

14. Qualificare sostituzione un dritto di riversione è più che un mal giudicato; esso è un mezzo di cassazione. Cassaz. franc., 22 giugno 1812. *Sirey*, 13. 1. 24.

15. La prova di un fedecommesso tacito può farsi per interrogatorio sui fatti articolati, benchè l' esistenza del medesimo non possa provarsi per via di esame o pruova testimoniale. La stessa, 18 marzo 1818. — *Ivi*, 18. 1. 274.

16. Per fare validamente una sostituzione tale quale la permettono gli art. 1048 e 1049 + 1003 e 1004 del Cod. civ. non è assolutamente necessario di esprimere che l' obbligo di restituire sia a vantaggio di tutti i figli nati e da nascere: basta che dai termini della disposizione si possa indurre che tale fosse stata l' intenzione del testatore. La stessa, 31 marzo 1807. *Ivi*, 7. 1. 193.

§. VIII.

Testamenti.

1. Molto si è quistionato sulla formola della menzione della lettura del testamento da farsi *simultaneamente* al testatore ed ai testimoni, ed un tempo giudicossi non solo non potersi presumere dal contesto delle altre frasi, ma si voleva l' impossibilità di supporsi due letture separate, per evitarsi la nullità de' testamenti, giusta le decis. della Cassaz. franc. del 19 frim. an. 14 e 24 giugno 1811, riportate da *Sirey*, 6. 1. 156, e 11. 1. 259. Ma questo rigore rallentossi, e si adottò che la menzione della presenza de' testimoni inserita in una frase o nel fine di essa dovea riportarsi a tutti i membri di questa stessa frase, o a tutte le frasi incidenti. Le prime furono la Corte di Caen che lo stabilì colla decis. del 25 luglio 1806 riportata dal Denevers sotto quest' anno pag. 221 e seguenti, e la Corte

di Parigi colla decis. del 17 luglio suddetto (*Sirey*, 6. 2. 191.) Finalmente la stessa Corte Suprema ritornò ai veri principii colla decisione del 21 gennajo 1812 rigettando il ricorso contro quella della Corte di Brusselles, fondandosi principalmente su questi due principii : che la validità degli atti è indipendente dai punti e dalle virgole, e che nel dubbio debbonsi questi atti intendere nel senso nel quale possono avere qualche effetto , e non in quello in cui non ne produrrebbero alcuno ; quindi nel 21 ottobre 1812 rigettò il ricorso contro altra decisione della Corte di Parigi di cui noi abbiam fatta menzione nella contro-nota *b* alla nota 197 del nostro Autore. Ecco fissata la giurisprudenza su questa quistione coi detti arresti , che sono tra quelli energicamente chiamati da Bacone *achora legum*.

2. Le disposizioni testamentarie debbono esaminarsi in quanto alla forma con le leggi in vigore nel tempo in cui furon fatte : in quanto poi alla sostanza, con le leggi in vigore nel tempo dell' aperta successione; quindi avendo questa avuto luogo sotto la legge intermedia del 26 gennajo 1816 , si dovea essa applicare. La nostra Corte Suprema , decis. del 4 luglio 1816. *Armellini*. Dizion. Supp. pag. 246.

3. L' istituzione dell' erede fatta in un testamento dichiarato nullo per difetto di forme esterne , non è essa pure colpita di nullità , onde aprirsi la successione ab intestato a favore de' figli legittimi. La stessa, 16 agosto 1823. *Ivi*, tom. 6 pag. 18.

4. Nell'esame del testamento mistico del nostro Dr Domenico Cotugno di gloriosa memoria si esaminò dalla nostra Corte Suprema il dubbio se il chiamare alcuno erede e legatario nell' usufrutto di una parte de' beni del defunto, fare altri legati sul dippiù degli altri beni, e nominare l' erede nella proprietà de' beni stessi importa non esservi istituzione di erede per testamento, in modo che siano a succedere gli eredi legittimi ; ed ai 13 dicembre 1825 si decise negativamente. *Ivi*, *ivi*, pag. 21.

5. Un testamento olografo scritto dal testatore in carta privata contenente delle interlinee e delle cassature fatte di carattere del testatore medesimo, può dichiararsi valido e legale. La stessa, 27 luglio 1824. *Ivi* , *ivi* , p. 35.

6. Il testamento olografo privo delle formole che gli attribuiscano l' autenticità dee riputarsi per scrittura privata. La stessa, 19 aprile 1826. *Ivi*, *ivi* , p. 37. ; Ma se è messo nel numero delle minute del notajo cui vien consegnato , riceve i caratteri di atto autentico. Cassaz. franc., 3 settembre 1806. *Ivi* , *ivi* , p. 38.

7. Un testamento olografo può essere scritto su di un re-

gistro o libro di conto; può esser datato in cifre: nè vi è obbligo d'indicare il luogo della data. Nimes, 20 gennajo 1810, e Cass. fr., 6 gennajo 1814.—*Sirey*, 10. 2. 231; e 14. 1. 217.

8. Un testamento olografo esecutoriato con ordinanza del presidente del tribunale civile acquista la forza di atto autentico; quindi la pruova della sua falsità dev'essere a carico del successibile che l'impugna, non impedita intanto la sua esecuzione. C. A. di Altamura, 15 agosto 1815. *Catalani*, 3. 469.

9. Un testamento fatto innanzi ad un notajo e due testimoni, e conseguentemente nullo, non può rendersi valido colla dichiarazione posteriore che confermi essersi ricevuta da un notajo in presenza di quattro testimoni, senza l'espressa menzione che il notajo l'ha scritta. Brusselles, 28 nevoso an. 12. *Armellini*, *ivi*, pag. 48.

10. Le disposizioni di un testamento scritte dal notajo in terza persona non provano che non siano state dettate dal testatore. Brusselles, 3 fruttidoro an. 12. *Ivi*, *ivi*, p. 33.

11. Non è necessario per la validità d'un testamento pubblico che i testimoni intendano la lingua nella quale è scritto, bastando ch'essi siano testimoni della materiale solennità dell'atto, e dell'adempimento di tutte le formalità essenziali. Brusselles, 13 dicembre 1808, 4 febbrajo 1806, 9 gennajo e 6 maggio 1813. —*Sirey*, 9. 2. 300 e 301; 13. 2. 156 e 372.

12. La menzione della lettura del testamento non dee comprendere espressamente quelle delle chiamate e delle sopraimposizioni. Cassaz. franc., 19 aprile 1809. *Armellini*, tom. 6, p. 59.

13. L'art. 972 ✝ 898 del Cod. civ. richiedendo che sia fatto lettura al testatore in presenza de' testimoni, e che di tutto ciò si faccia menzione espressa, non permette che la esecuzione di questa formalità venga presunta dietro il contesto generale del testamento, e dietro perifrasi il cui oggetto diretto è estraneo alla formalità della lettura; atteso che la legge e la ragione non ammettono altre espressioni equivalenti che non sono sinonime ed identiche con quelle richieste dalla legge. Cass. franc., 19 frimajo an. 14. *Ivi*, *ivi*, pag. 64.

14. Si può apporre dopo la firma del testatore la menzione che il notajo ha scritto il testamento? Si può fare induzione dall'espressione dell'atto della lettura fatta al testatore, o pure si può supplire per equipollenti? La corte di Torino decise ambe le quistioni negativamente nel 30 frimajo anno 14. *Ivi*, *ivi*, pag. 119.

15. La menzione della lettura fatta al *testatore ed ai testimoni* non soddisfa il voto della legge che prescrive la men-

zione espressa della lettura al testatore in presenza de' testimoni. Cass. fr., 24 giugno 1811, e 6 maggio 1812. *Sirey*, 11. 1. 259, e 12. 1. 333.

16. La quistione di sapere se un testamento contenga menzione sufficiente della lettura fattane al testatore non è una semplice quistione d' *interpretazione di atto.* La decisione dei giudici può offrire non solamente un mal giudicato, ma ancora una contravvenzione alla legge capace di dare adito a cassazione. La stessa, 23 maggio 1810 e 16 dicembre 1819. *Ivi*, 10. 1. 232, e 20. 1. 174.

17. E valido il testamento in cui le parole *dettate* e *pronunciate* siano state sopraimposte e sostituite ad altre. Cassaz. fr., 3 agosto 1808. *Armellini*, *ivi*, pag. 61.

18. È nullo il testamento nel quale il notajo ha dichiarato di non potere il testatore sottoscrivere senza indicar la causa di tale impedimento. Corte Sup. napolit., 30 giugno 1825. *Ivi*, *ivi*, p. 72. ma è valido il testamento in cui si è fatta menzione della sottoscrizione del testatore, quantunque non l' abbia poi sottoscritto per essere stato impedito. Cass. franc., 21 luglio 1806. *Ivi*, *ivi*. p. 77.

19 Benchè la dichiarazione di non sapere *scrivere* non sia equivalente a quella di non saper *firmare*, e benchè l' apposizione di un segno non equivalga ad una firma; tuttavia il concorso del segno e della dichiarazione di non sapere scrivere, può, senza contravvenire alla legge, aver l' effetto di una dichiarazione di non saper firmare. La stessa, 11 luglio 1816. *Ivi*, 17. 1. 135.

20. Il domestico del legatario può esser testimone in un testamento pubblico. Corte di Caen, 4 dicembre 1812. *Ivi*, *ivi* p. 79. Ed è valido il testamento fatto in presenza del numero de' testimoni capaci ne' termini della legge, abbenchè vi siano stati anche presenti altri testimoni incapaci. Cass. franc., 6 aprile 1809. *Ivi*, *ivi*. p. 83.

21. Le solennità de' testamenti esser debbono quelle del luogo in cui si dispone. Cass. napol., 18 giugno 1810. *Ivi*, *ivi*, pag. 113.

22. Sebbene ne' testamenti le formole siano richieste per assicurare la volontà del defunto, pure la legge non ne prescrive l' adempimento *verbis conceptis*; si va di dritto perciò agli equipollenti, e l' orazione comunque retta e non chiara si prende *ex mente pronuntiantis* per sostenere l' atto cui inserve. Corte suprema napol., 17 agosto 1824 e 14 settembre 1825. *Ivi*, *ivi*, pag. 116 e 117.

23. La causa falsa per la quale si rivoca un primo testamento vizia la disposizione testamentaria, quando è provata

che il testatore non avrebbe disposto se avesse conosciuto la falsità della causa. Corte di Brusselles, 10 giugno 1812. *Ivi*, *ivi*, pag. 163.

24. Può dirsi rivocato un testamento quando il testatore ha venduto li suoi beni a colui che avea istituito erede. Corte di Poitiers, 14 nevoso anno 13. *Ivi*, *ivi*. p. 167.

25 *Mal datare* e *non datare* sono due cose differenti agli occhi della legge; nè vi ha assolutamente nullità in un caso come nell'altro. L'errore di data in un testamento olografo non lo vizia di nullità; quando può essere rettificato per mezzo delle enunciazioni attinte nell'atto medesimo, val dire, quando la data del testamento si trova necessariamente fissata da queste enunciazioni. Cassaz. franc., 19 febbrajo 1818. — *Sirey*, 18. 1. 176.

26. Un testamento scritto datato e firmato dal testatore, può valere come olografo, ancorchè essendo rivestito della forma mistica, l'atto di soscrizione sia irregolare. Aix, 18 gennajo 1808. *Ivi*, 10. 2. 251.

27. Un testamento è nullo per intiero, quando dopo la menzione della lettura, si trovi aggiunta una disposizione di cui non si dice di essere stata letta al testatore. Cass. franc., 12 novembre 1816. *Ivi*, 17. 1. 352.

28. La quistione di sapere se in un testamento siavi bastante menzione della lettura al testatore in presenza de' testimoni è piuttosto una quistione di fatto che di dritto; e la decisione su questo punto non può offrire un motivo di cassazione. Cassaz. franc., 22 novembre 1817, *Ivi*, 19. 1. 31.

29. L'obbligazione imposta ai notai dall'art. 972 † 897 Cod. civ. di scrivere il testamento nei termini in cui è stato dettato è adempita abbastanza con la menzione che il testamento è stato dettato parola per parola dal testatore, e scritto dal notajo. Questo stesso articolo non si oppone al caso in cui venga detto che il notajo è stato pregato a redigere il testamento e che in effetto l'ha redatto. Cassaz. franc., 3 dicembre 1807; mentre la parola *redatto* non esclude l'idea che il testamento è stato scritto ne' termini ch'era dettato. La stessa, 26 luglio 1808. *Sirey*, 8. 1. 103, e 9. 1. 369.

30. Un testamento pubblico, redatto da terza persona, non dev'essere per questo solo motivo riputato di non essere stato scritto dal notajo ne' termini ch'è stato dettato. La stessa, 18 gennaio 1809. *Ivi*, 9. 1. 129.

31. La disposizione con cui è prescritto che un minor numero di testimoni basta nelle *campagne* dev'essere ristretta ai testamenti *pubblici* e non si applica ai testamenti *mistici*. La stessa, 20 luglio 1809. *Ivi*, 9. 1. 370.

32. Come deve intendersi la parola *campagne* nel senso dell' art. 974 + 900 ? Il dritto di deciderlo appartiene ai soli giudici del merito. La stessa, 10 giugno 1817. *Ivi*, 19. 1. 11.

33. Un testamento mistico può dichiararsi nullo quando la soprascrizione fosse stata fatta in un foglio volante. Corte di Torino 5 piovoso an. 13. *Armellini*, *ivi*, p. 88.

34. Un testamento mistico non è nullo per mancanza di data, quando d' altronde l' atto di soprascrizione si trova datato. Cassaz. franc. 14 maggio 1800. *Ivi*, *ivi*. p. 94.

35. Un testamento mistico reso difettoso per mancanza di formole non può esser valido assumendo la qualità di olografo. — Corte Suprema napoletana, 3 aprile 1823. *Ivi*, *ivi*, p. 95.

36. Un atto pubblico nullo come testamento può valere come rivocazione per atto di notajo di un testamento anteriore ? La Cassazione francese opinò che sì nel 23 gennajo 1810; ma le corti di Limoges, Poitiers, Aix e Torino sostennero la negativa, alla quale pure devenne la stessa Corte di cassazione coll' arresto del 4 novembre 1811. —*Sirey*, 10. 1. 126; 6. 2. 205; 8. 2. 234; 9. 2. 234 e 644; 11. 2. 57; 12. 1. 33; e 13. 2. 342.

37. Un testamento può essere rivocato con un atto contenente dichiarazione di cambiamento di volontà, ancorchè questa dichiarazione non sia fatta per atto pubblico: basta che sia fatta nella forma di testamento olografo. La rivocazione di un testamento è essenzialmente una istituzione a favore degli eredi legittimi. Cassaz. franc., 17 maggio 1814. *Ivi*, 15. 1. 17.

38. Il mandato di annullare un testamento sotto firma privata, dato per un caso preveduto dal testatore ad un suo amico, se non gli è dato in iscritto, non può essere legalmente eseguito, soprattutto dopo la morte del testatore. La stessa, 1 settembre 1812. *Ivi*, 13. 1. 133.

39. Non dee tenersi alcun conto della dichiarazione fatta dal padre nel suo testamento, di appartenere ad uno dei suoi figli gli acquisti di taluni fondi, quando le circostanze del fatto convincano del contrario; quindi può ordinarsene la divisione senza precapienza. C. A. di Napoli, 13 dicembre 1814 *Catalani*, 3. 170.

TAVOLA

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL QUINTO VOLUME.

LIBRO TERZO

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

TITOLO IV.

Sul Titolo delle donazioni tra vivi e de' testamenti.

APPENDICE

Di altre importanti quistioni su questa materia risolute dalla giurisprudenza francese e napolitana.